للقنع

لموفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة المقدسيّ ٥٤١ - ١٦٠٥

الشِيعُ الْبَهِر

لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي

ومعهما: ١١

فى معرفة الراجح مِنَ الحَوِلَافِ لعلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان بن أحمد المرداوي العلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان بن أحمد المرداوي

تحقيق

الدكستور عانبيئر بزعابد محيي التركي

الجزوالثالث عشر

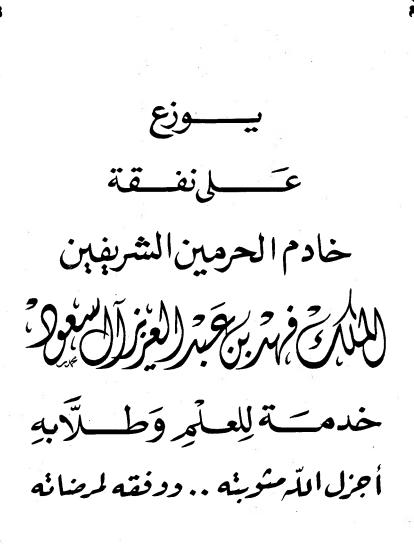
الضَّمان - الكَفَالة - الحَوَالة - الصُّلح - الحَجْرِ - الوَكَالة

هجر الطباعة والشر والتوريم والإعلان حقوق الطبع محفوظة الطبعة الأولى ١٥٤١هـ = ٥٩٩٩١م

المكتب: ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة 🕿 ۲۹۵۲۵۹ – فاکس ۲۵۷۷۵۹

The second secon

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل أرض اللواء - 🕿 ٣٤٥٢٩٦٣ ص . ب ٦٣ إمبابة





بِسَرِ لِنَهُ إِلَيْحَ إِلَيْكَ مِمَ بَاثُ الطَّمَان

المقنع

وَهُوَ ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ غَنْهُ فِي الْتِزَامِ الْحَقِّ.

الشرح الكبير

باب الضّمانِ

(وهو ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إلى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عَنه في الْتِزامِ

الإنصاف

بابُ الضَّمانِ

فائدة : اختلفُوا في اشتِقاقِه ؟ فقيل : هو مُشْتَقٌ مِنَ الانْضِمام ؟ لأنَّ ذِمَّة الضَّامِنِ ، و « المَعْنِي » ، و « المَعْنِي » ، و « السَّرْح » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْح ابن مُنجَّي » . وجزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « المُنْهَبِ » ، و « المَنْهُ هنا ، و « الرّعايتين » . و « المُدْهَبِ » ، و المُصنفُ هنا ، و « الرّعايتين » . قال في « المُستَوْعِب » : قالَه بعضُ أصحابِنا . قال ابنُ عَقِيل : وليسهذا بالجَيِّد . قال الزَّرْكَشِيُّ : ورُدَّ بأنَّ « لام الكَلِمة » في « الضَّمِّ » مِيمٌ ، وفي « الصَّمانِ » نُونٌ ، قال الزَّرْكَشِيُّ : ورُدَّ بأنَّ « لام الكَلِمة » في « الضَّمِّ » مِيمٌ ، وفي « الصَّمانِ » نُونٌ ، وصَرْطُ صِحَّةِ الاَسْتِقاقِ ، وُجودُ حُروفِ (١ الأَصُولِ مع مُلاحظَةِ المَعْنَى . انتهى . وقيل : مِنَ التَّضَمُّن . قالَه القاضى ، وصوّبه في « المُطْلِع » ؛ لأنَّ ذِمَّةَ الضَّامِن وقيل : مِنَ التَّضَمُّن . قالَ القاضى ، وصوّبه في « المُطْلِع » ؛ لأنَّ ذِمَّة الضَّامِن وقيل : هو مُشْتَقُّ مِنَ الضَّمْن . قالَ في « الفَائقِ » : وهو أرْجَحُ . قالَ ابنُ عَقِيل : وقيل : هو مُشْتَقُّ مِنَ الضَّمْن . قالَ في « الفَائقِ » : وهو أرْجَحُ . قالَ ابنُ عَقِيل : والذي يتلوَّحُ لي ، أنَّه مأُخوذٌ مِنَ الضَّمْن ، فتَصِيرُ ذِمَّةُ الضَّامِن في ضِمْن ذِمَّة الضَّامِن عنه . فهو زيادَةُ وَثِيقَةٍ . انتهى . هذا الخِلافُ في الاَشْتِقاقِ ، وأمَّا المَعْنَى ، فواحِدٌ .

قُولُه : وَهُو ضَمُّ ذِمَّةِ الضامِنِ إلى ذِمَّةِ المَصْمُونِ عنه في الْتِزامِ الحَقِّ . وكذا

⁽١) في الأصل ، ط : ﴿ جزء من ﴾ .

الشرح الكبر الحقّ) فيَثْبُتُ في ذِمَّتِهما جَمِيعًا ، ولصاحِب الحَقّ مُطالَبَةُ مَن شاء منهماً . واشْتِقاقُه مِن الضَّمِّ . وقِيلَ : مِن التَّضَمُّنِ (') ؛ لأنَّ ذِمَّةَ الضَّامن تَتَضَمَّنُ الحَقَّ . والأصْلُ في جَوازِه الكِتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ . أمَّا الكِتابُ ، فَقَوْلُه تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾(٢) . والزَّعِيمُ : الكَفِيلُ . قاله ابنُ عَبَّاسٍ . وأمَّا السُّنَّةُ ، فما رُوِىَ عن النبيِّ عَلِيْكُ أَنَّه قال : ﴿ الزَّعِيمُ غَارِمٌ ﴾ . رَواه أبو داودَ ، والتُّرْمِذِيُّ ") ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وأَجْمَعَ المُسْلِمُون [١٠٥/٠] على الضَّمانِ فِي الجُمْلَةِ ، واخْتَلَفُوا فِي فُرُوعٍ تُذْكَرُ ، إِنْ شَاءَاللَّهُ تَعَالَى . يُقَالَ : ضَمِينٌ ، وكَفِيلٌ ، وقَبِيلٌ ، وحَمِيلٌ ، وزَعِيمٌ ، وصَبِيرٌ . بمعنًى واحدٍ . وَلَابُدُّ فِي الضَّمَانِ مِن ضَامِن ِ ، وَمَضْمُونٍ عَنْهُ ، وَمَضْمُونٍ لَهُ .

قال في « الهدايّة ِ » ، و « المَذْهَبِ الأَحْمَدِ » ، و « الكافِي » ، و « الهادِي » . وقدُّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقال في « الوَجيزِ » : [١٢١/٢] ('هو الْتِزامُ') الرَّشِيدِ مَصْمُونًا في يَدِ غيرِه ، أو ذِمَّتِه ، حالًا أو مَآلًا . وقال في « الفُروع ِ » : ' هو الْتِزامُ ') مَن يصِحُّ تَبَرُّعُه ، أو مُفْلِس ِ ، ما وجَب على غيرِه ،

⁽١) في م : (التضمين) .

⁽٢) سورة يوسف ٧٢.

⁽٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أن العاربة مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذي ٥ / ٢٦٩ . -

كا أخرجه ابن ماجه ، في : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ . والإمام أحمد ، ف : المسند ٥ / ٢٦٧ ، ٢٩٣ .

⁽٤ - ٤) في ط: ﴿ وَالْتُزَامِ ﴾ .

الحَقِّ مُطالَبةُ من شاءَ منهما في الحَقِّ مُطالَبةُ من شاءَ منهما في الحَياةِ والمَوْتِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المَضْمُونَ عنه لا يَبْرَأُ بنَفْسِ الضَّمانِ ، كما

الإنصاف

مع بَقَائِه ، وقد لا يَبْقَى . وقال فى « المُحَرَّرِ » : هو الْتِزامُ الإِنْسانِ فى ذِمَّتِه دَيْنَ المَدْيُونِ مع بَقَائِه عليه . وليس بمانِع ، لدُخولِ مَن لا يصِحُّ تَبْرُعُه ، ولا جامِع ، الخُروج ماقد يجِبُ والأعْيانِ المَضْمونَة ، ودَيْنِ المَيِّت إِنْ بَرِئَ بمُجَرَّدِ الضَّمانِ ، على رِوايَة تأتي . قال فى « الفائق » : وليس شامِلًا ماقد يجِبُ . وقال فى « التَّلْخيص » : مَعْناه تَضْمِينُ الدَّيْنِ فى ذِمَّة الضَّامِنِ ، حتى يَصِيرَ مُطالَبًا به ، مع بَقائِه فى ذِمَّة الأَصِيلِ .

فائدة : يصِحُّ الضَّمانُ بَلَفْظِ ضَمِينٍ ، وكَفِيلٍ ، وقَبِيلٍ ، وحَمِيلٍ ، وصَبِيرٍ ، وزَعيمٍ . أو يقولُ : ضَمِنْتُ دَيْنَك أو تحَمَّلْتُه ، ونحو ذلك . فإنْ قال : أنا أُودِي . أو : أَحْضِرُ . لم يَكُنْ مِن أَلْفاظِ الضَّمانِ ، ولم يصِرْ ضامِنَا به . ووَجَّه في « الفُروعِ » أو : أَحْضِرُ . لم يَكُنْ مِن أَلْفاظِ الضَّمانِ ، ولم يصِرْ ضامِنَا به . ووَجَّه في « الفُروعِ » الصَّحَّة بالْتِزامِه . قال : وهو ظاهِرُ كلامِ جماعة في مَسائلَ . وقال الشَّيخُ تَقِيُّ الشَّينُ : قياسُ المذهبِ ، يصِحُّ بكُلِّ لَفْظٍ فُهِمَ منه الضَّمانُ عُرْفًا ، مثلَ قَوْلِه : زَوِّجُه ، اللَّينِ : قِياسُ المذهبِ ، يصِحُّ بكُلِّ لَفْظٍ فُهِمَ منه الضَّمانُ عُرْفًا ، مثلَ قَوْلِه : زَوِّجُه ، وأنا أُعْطِيك الثَّمَنَ . أو : اتْرُكُه ، ولا تُطالِبُه ، وأنا أُعْطِيك الثَّمَنَ . أو : اتْرُكُه ، ولا تُطالِبُه ، وأنا أُعْطِيك الثَّمَنَ . أو : اتْرُكُه ، ولا تُطالِبُه ، وأنا أُعْطِيك الثَّمَنَ . أو : اتْرُكُه ، ولا تُطالِبُه ،

قوله : ولصاحِب الحَقِّ مُطالَبَةُ مَن شاءَ منهما . بلا نِزاع ، وله مُطالَبَتُهما معًا أيضًا . ذكرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وغيرُه .

قوله: فى الحياةِ والمَوْتِ . هذا المذهبُ ، بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ ، فإنْ ماتَ أحدُهما ، فمِنَ التَّرِكَةِ . قال فى ﴿ الفُروعِ ﴾ : والمُذهبُ حَياةً ومَوْتًا . وعنه ، يئرَأُالمَدْيونُ بمُجَرَّدِ الضَّمانِ ، إنْ كان مَيِّتًا مُفْلِسًا . نصَّ عليه ، على ما يأْتِي .

الشرح الكبير يَبْرَأُ المُحِيلُ بنَفْس الحَوالَةِ قبل القَبْض ، بل يَثْبُتُ الحَقُّ في ذِمَّةِ الضّامِن ، مَع بَقائِه في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه . فعلى هذا ، لصاحِب الحَقِّ مُطالَبَةُ مَن شاء منهما في الحياةِ وبعدَ المَوْتِ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ(١) ، وأصْحابُ الرَّأَى ، وأبو عُبَيْدٍ(١) . وحُكِيَ عن مالكِ في إحْدى الرِّوايَتَيْن عنه ، أنَّه لا يُطالِبُ الضَّامِنَ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ مُطالَبَةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه وَثِيقَةٌ ، فلا يُسْتَوْفَي الحَقُّ منها إلَّا مع تَعَذَّر اسْتِيفائِه مِن الأَصْلِ ، كَالرَّهْن . ولَنا ، قَوْلُه عليه السلامُ : « الزَّعِيمُ غَارمٌ » . ولأنَّ الحَقَّ ثابِتُ في ذِمَّةِ الضَّامِن ، فمَلَكَ مُطالَبَتَه ، كالأصل . ولأنَّ الحَقَّ ثابتٌ في ذِمَّتِهما ، فَمَلَكَ مُطَالَبةَ مَن شاء منهما ، كالضّامِنَيْن إِذَا تَعَذَّرَتْ مُطالَبةُ المَضْمُونِ عِنْه . ولا يُشْبهُ الرَّهْنَ ؛ لأنَّه مالُ مَن عليه الحَقُّ ، وليس بذي (") ذِمّة مُطالَب ، إنَّما يُطالَبُ مَن عليه الدَّيْنُ ؛ لِيَقْضِى منه أو مِن غيره . وقال أبو ثَوْر : الكَفَالةُ والحَوالةُ سواءٌ ، وكِلاهما يَنْقُلُ الحَقُّ عن ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه والمُحِيل . وحُكِي ذلك عن ابن (١) أبي لَيْلَي ، وابن شُبْرُمَةَ ، وداودَ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ ، أَنَّ المَيِّتَ يَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمانِ . نَصَّ عليه أحمدُ (نَّ فِي رِوايَةِ يُوسفَ بنِ مُوسَى . واحْتَجُّوا بما روَى أَبُو سعيدٍ

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل: ﴿ عبيدة ١ .

⁽٣) في م: وبدين ١.

⁽٤) سقط من: الأصل.

الخُدْرِيُّ قال : كُنَّا مع النبيِّ عَلِيلَةٍ في جنازَةٍ ، فلمَّا وُضِعَتْ ، قال : ﴿ هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنِ ؟ » . قالوا : نعم ، دِرْهَمان . فقال : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ ﴾ . فقال عليٌّ : هما عَلَى يا رسولَ الله ِ، وأنا لهما ضامِنٌ . فقام رسولُ اللهِ عَلِيْكُ فَصَلَّى عليه ، ثم أُقْبَلَ على عليٌّ فقال : ﴿ جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الْإِسْلَامِ خَيْرًا ، وَفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فقِيل : يًا رسولَ الله ِ، هذا لعليِّ خاصَّةً ، أم للنَّاسِ عامَّةً ؟ فقال : ﴿ بَلْ لِلنَّاسِ عامَّةً » . رَواه الدَّارَقُطْنِيُّ (١) . فدَلَّ على أنَّ المَضْمُونَ عنه بَـرئَ بالضَّمانِ(١) ، ولذلك صَلَّى عليه رسولُ الله عَلِيُّكُم . وروَى الإمامُ أحمدُ في « المُسْنَدِ »(٣) عن جابرٍ ، قال : تُوُفِّيَ صاحِبٌ لَنا ، فأتَيْنا به النبيُّ عَلَيْكُم ليُصَلِّيَ عليه ، فخَطا خُطْوَةً ، ثم قال : ﴿ أَعَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ ﴾ . قلنا : ديناران . فَانْصَرَفَ ، فَتَحَمَّلُهِما أَبُو قَتَادَةً ، فقال : الدِّيناران عَلَى َّ . فقال رسولُ الله ِ عَلَيْكُ : [٢٠٥/٤] ﴿ وَجَبَ حَقُّ الغَرِيمِ ، وَبَرِئَ المَيِّتُ مِنْهُمَا ؟ ﴾ . قال : نعم . فصَلَّى عليه ، ثم قال بعدَ ذلك : « مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ ؟ » . قال : إنَّما مات أمس . قال : فعادَ إليه مِن الغَدِ ، فقال : قد قَضَيْتُهما .

الإنصاف

⁽١) في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٤٧ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٣ . (٢) في م : « بالضامن » .

⁽٣) تقدمت قصة أبى قتادة عن سلمة بن الأكوع في ٢١/٦ ، والقصة هنا عن جابر أخرجها الإمام أحمد ، في : المسند ٣٠/٣ . كما أخرجها أبو داود ، في : باب التشديد في الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢١/٢ .

فقال رسولُ الله عَلَيْكُم : ﴿ الْآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ (١) جلْدَهُ ﴾ . وهذا صَريحٌ في بَراءةِ المَضْمُونِ عنه ؛ لقَوْلِه : ﴿ وَبَرِئَ المَيِّتُ مِنْهُمَا ﴾ . ولأنَّه دَيْنٌ واحِدٌ ، فإذا صار في ذِمَّةٍ ثانِيَةٍ (٢) ، بَرئَتِ الْأُولُنِي منه ، كالمُحَال به ؛ لأنَّ الدَّيْنَ(٢) الواحِدَ لا يَحِلُّ في مَحَلَّيْن . ولَنا ، قولُ النبيِّ عَلِيلَةٍ : ﴿ نَفْسُ الْمُؤْمِن مُعَلَّقةٌ بدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »(١) . وقَوْلُه في خَبر أبي قَتادة : « الْآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » . حينَ أُخْبَرَه أَنَّه قَضَى دَيْنَه . ولأنَّها وَثِيقَةً ، فلا تَنْقُلُ الحَقُّ ، كالشُّهادَةِ . فأمَّا صَلاةُ النبيِّ عَلِيلَةٌ على المَضْمُونِ عنه ؟ فلأنَّه بالضَّمانِ صار له وَفاءٌ ، وإنَّما كان ، عليه الصلاةُ والسلامُ ، يَمْتَنِعُ مِن الصلاةِ على مَدِينِ لم يُخَلِّفْ وَفاءً . وأمَّا قَوْلُه لعليٌّ : ﴿ فَكَّ اللَّهُ رَهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رَهَانَ أُخِيكَ » . فإنَّه كان بحالٍ لا يُصَلِّي عليه النبيُّ عَلِيْكُم ، فَلَمَّاضَمِنَهُ فَكُّهُ مِن ذَلَكَ ، أَو مَا فِي مَعْنَاهُ . وقَوْلُهُ : ﴿ بَرِئَ الْمَيِّتُ مِنْهُمَا ﴾ . أى صِرْتَ أنت المُطالَبَ بهما . وهذا على وَجْهِ التَّأْكِيدِ ؛ لثُّبُوتِ الحَقِّ في ذِمَّتِه ، ووُجُوب الأداء عنه ؛ بدَليل قَوْلِه حينَ أُخْبَره بالقَضاء : « الْآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » . وفارَقَ الضَّمانُ الحَوالةَ ، فإنَّ الضَّمانَ مُشْتَقٌّ مِن الضَّمِّ بينَ الذِّمَّتَيْنِ في تَعَلَّقِ الحَقِّ بهما وتُبُوتِه فيهما ، والحَوالةُ من التَّحَوُّل ،

الإنصاف

⁽١) زيادة من : را . وهي موافقة لما في المسند .

⁽٢) في را ، ق ، م : ﴿ نَائِبَةِ ﴾ .

⁽٣) سقط من : الأصل ، را .

۲۱/٦ . تقدم تخریجه فی ۲۱/٦ .

فَإِنْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، بَرِئَ الضَّامِنُ ، وَإِنْ بَرِئَ اللهَ اللهَ اللهَ اللهَ اللهَ الضَّامِنُ ، أَوْ أُقِرَّ بِبَرَاءَتِهِ ، لَمْ يَبْرَأُ المَضْمُونُ عَنْهُ .

فَتَقْتَضِى تَحَوُّلَ الحَقِّ عن مَحَلِّه إلى ذِمَّةِ المُحالِ عليه . وقَوْلُهم : إنَّ الدَّيْنَ الواحِدَ لا يَحِلُّ مَحَلَّيْن . قلنا : يَجُوزُ تَعَلَّقُه بمَحَلَّيْن على سَبِيلِ الاسْتِيثاقِ ، كَتَعَلَّقِ دَيْنِ الرَّهْنِ به وبذِمّةِ الرَّاهِنِ . كذلك هذا .

١٨٢٤ – مسألة : (فإن بَرِئَتْ ذِمّةُ المَضْمونِ عنه بَرِئَ الصّامِنُ) متى بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمونِ عنه بَرِئَ الصّامن . متى بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمونِ عنه (١) بقضاءٍ أو إِبْراءٍ ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضّامن . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه تَبَعٌ (٢) ، ولأنَّه وَثِيقةٌ ، فإذا بَرِئَ الأصْلُ ، زالَتِ الوَثِيقةُ ، كالرَّهْن .

1 ١٨٢٥ - مسألة : (وإن بَرِئَ الضّامِنُ ، أَو أُقِرَّ بِبَراءَته ، لَم يَبْرَأُ المَضْمُونُ عنه) لأَنَّه أَصْلٌ ، فلا يَبْرَأُ بإبْراءِ التَّبَع ِ ، ولأَنّه وَثِيقَةٌ انْحَلَّتْ مِن غيرِ اسْتِيفاءِ الدَّيْنِ منها ، فلم تَبْرَأُ ذِمَّةُ الأَصْلِ ، كالرَّهْنِ إِذَا انْفَسَخَ مِن غيرِ اسْتِيفاءِ الدَّيْنِ منها ، فلم تَبْرَأُ ذِمَّةُ الأَصْلِ ، كالرَّهْنِ إِذَا انْفَسَخَ مِن غيرِ اسْتِيفاءِ . وأَيُّهما قَضَى الحَقَّ بَرِئا جَمِيعًا مِن المَضْمُونِ له ؛ لأَنّه حَقَّ واحِدٌ ، فإذَا اسْتُوفِي مَرَّةً ، زال تَعَلَّقُه بهما ، كالو اسْتُوفِي الحَقُّ الذي به رَهْنٌ ، وإن أحالَ أَحَدُهما الغَرِيمَ ، بَرِئا جَمِيعًا ؛ لأَنَّ الحَوالَة كالقَضاءِ .

قوله: فإنْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ، بَرِئَ الضَّامِنُ ، وإنْ بَرِئَ الضَّامِنُ ، أو الإنصاف أُقِرَّ بِبَراءَته ، لم يْبْرَأُ المَصْمُونُ عنه . بلا نِزاعٍ . ويأْتِى بعدَ قوْلِه : وإنِ اعْترَفَ المَصْمونُ له بالقَضاءِ ، أو قال : بَرِئْتَ إلىَّ ، أو أَبْرَأْتُك .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل ، ق ، م : ﴿ بيع ﴾ .

المَنع ولو ضَمِنَ ذِمِّيٌّ لِلدِمِّيِّ عَنْ ذِمِّيٌّ خَمْرًا ، فَأَسْلَمَ الْمَضْمُونُ لَهُ أُو الْمَضْمُونَ عَنْهُ ، بَرِئَ هُوَ وَالضَّامِنُ مَعًا .

الشرح الكبير

فصل : ويَجُوزُ أَن يَضْمَنَ الحَقُّ عن الرِجل الواحِدِ اثْنان أو أَكْثَرُ ، سَواةً ضَمِن كلُّ واحدٍ جَمِيعَه أو جُزْءًا منه ، فإن ضَمِن كلُّ واحِدٍ مهم جَمِيعَه ، بَرِئَ كُلُّ واحِدٍ منهم بأداء أَحَدِهم ، وإن أَبْرَأُ المَضْمُونَ عنه ، بَرِئَ الجَمِيعُ ؛ لأنَّهم فُرُوعٌ له ، وإن بَرِئُ (١) أَحَدُ الضَّامِنين بَرِئَ وَحْدَه ؛ لأَنَّهم غيرُ فُرُوعٍ له ، فلم يَبْرَءُوا ببراعَتِه ، كالمَضْمُونِ ٢٦/٤ عنه . وإن ضَمِن أَحَدُهم صاحِبَه ، لم يَجُز ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَت في ذِمَّتِه بضَمانِه الأصْلِيِّ ، فلا يَجُوزُ أَن يَثْبُتَ ثانِيًا ، ولأَنَّه أَصْلٌ فيه بالضَّمانِ ، فلا يَجُوزُ أن يَصِيرَ فيه فَرْعًا . ولو تَكَفَّلَ بالرجل الواحدِ اثْنانِ ، جازَ . ويَجُوزُ أن يَكْفُلَ كلَّ واحِدٍ مِن الكَفِيلَيْنِ صَاحِبَه ؛ لأَنَّ الكَفَالَةَ بَبَدَنِه ، لا بما في ذِمَّتِه . وأَيُّ الكَفِيلَيْنِ أَحْضَرَ المَكْفُولَ به ، بَرِئَ ، وبَرِئَ صاحِبُه مِن الكَفالَةِ به(٢) ؛ لأَنَّه فَرْعُه ، و لم يَبْرَأُ مِن إحْضار المَكْفُول به ؛ لأنَّه أَصْلٌ فى ذلك . وإن كَفَلَ المَكْفُولُ به الكَفِيلَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه أَصْلٌ له في الكَفالةِ ، فلم يَجُزْ أَن يَصِيرَ فَرْعًا له^(٣) فيما كَفَلَ به ، وإن كَفَل به فى غيره ، جاز .

١٨٢٦ - مسألة : (ولو ضَمِن ذِمِّيٌّ لذِمِّيٌّ عن ذمِّيٌّ خَمْرًا ، فأسْلَمَ المَصْمُونُ له أو المَصْمُونُ عنه ، بَرئَ هو والضّامِنُ معًا) لأنَّه بَرِئَ من

قوله : ولو ضَيْمِنَ ذِمِّيٌّ لذِمِّيٌّ عن ذِمِّيٌّ خَمْرًا ، فأَسْلَمَ المَضْمُونُ له أو المَضْمُونُ

الإنصاف

⁽١) في م: ﴿ أَبِراً ﴾ .

⁽٢) سقط من : را ، م .

⁽٣) سقط من : م .

الخَمْرِ الذَى ضَمِن عنه ؛ إذ لا يَجُوزُ وُجُوبُ خَمْرٍ على مُسْلِمٍ ، وإذا بَرِئَ السرح الكبير المَضْمُونُ له ، بَرِئَ الضّامِنُ ؛ لأنَّه فَرْعُه . وإن أَسْلَمَ المَصْمُونُ له ، بَرِئَ الضّامِنُ ؛ لأَنَّه فَرْعُه . وإن أَسْلَمَ المَصْمُونُ له ، بَرِئَ المُطالَبَةُ بَثَمَن الخَمْرِ ؛ لكَوْنِه لا قِيمَةَ له فى الإِسْلامِ ، فإن أَسْلَمَ الضّامِنُ (١) وحدَه ، بَرِئَ ، و لم يَبْرَأُ المَصْمُونُ عنه ؛ لأَنَّه أَصْلٌ ، فلم يَبْرَأُ ببَراءَةِ فَرْعِه ، كما لو أَبْرَأَه المَصْمُونُ له .

الضَّمانُ إِلَّا مِمَّن يَصِحُّ تَصَرُّفُه في مالِه ، رجُلًا كان أو امْرأةً ؛ لأَنَّه عَقْدٌ

عنه ، بَرِئَ هو والضَّامِنُ معًا . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، نصَّ عليه . وعنه ، الإنصاف إنْ لم يُسْلِم المَضْمُونُ له ، فله قِيمَتُها . وقيل : يُوَكِّلا ذِمِّيًّا يشْتَرِيها . ولو أَسْلَمَ ضامِنُها ، بَرَئَ وحْدَه .

قوله: ولا يصِحُّ إلَّا مِن جائزِ التَّصَرُّفِ. يُسْتَثْنَى مِن ذلك ، المُفْلِسُ المَحْجُورُ عليه ؛ فإنَّه يصِحُّ ضَمانُه. على الصَّحيحِ مِنَ المَدْهِبِ ، وعليه الأصحابُ . ('وجزم به' في « الهِدايَةِ » ، و « المُدْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُخْلَصَةِ » ، و « المُحْسَرُ ب » ، و « المُحَسرَّ ب » ، و « المُحَسِّ ب ، و « أَلَمُ عَلَى » ، و قد صرَّ ح به المُصَنِّفُ في هذا الكتابِ ، في بابِ الحَجْرِ ؛ حيثُ قال : وإنْ تصَرَّفَ في ذِمَّتِه بشِراءِ ، أو ضَمانٍ ، أو إقرارٍ ، صحَّ . وقدَّمه في « الفُروعِ » . وفي في ذِمَّتِه بشِراءِ ، أو ضَمانٍ ، أو إقرارٍ ، صحَّ . وقدَّمه في « الفُروعِ » . وفي

⁽١) سقط من : م .

⁽٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

يُقْصَدُ به المالُ ، فصَحَّ مِن المَرْأَةِ ، كالبَيْعِ ِ .

الإنصاف

« التَّبَصِرَةِ » رِوايَةٌ ؛ لا يصِحُّ ضَمانُ المُفْلِسِ المَحْجُورِ عليه . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . أو يكونُ مَفْهومُ كلامِه هنا مَخْصُوصًا ('بما صرَّح به هناك') ، وهو أَوْلَى . قال في « الفُروع ِ » : فيتَوَجَّهُ على هذه الرِّوايَةِ عدَمُ صِحَّةِ تصَرُّفِه في ذِمَّتِه .

تنبيه: قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » : ومَن صحَّ تصَرُّفُه بنَفْسِه ، صحَّ ضمانُه ، ومَن لا ، فلا . وقيل : يصِحُّ ضَمانُ مَن حُجِرَ عليه لسَفَه ، ويُتْبَعُ به بعدَ فكِّ فَكَ الحَجْرِ ، كالمُفْلِس . وصرَّحُوا بصِحَّة ضَمانِ المُفْلِس ، ويُتْبَعُ به بعدَ فكِّ الحَجْرِ ، فيكونُ (٢) عُمومُ كلامِهم أوَّلًا مخصوصًا بغيرِ المَحْجُورِ عليه للمُفْلِس .

تنبيه: دخُل فى عُموم كلام المُصَنِّف ، صِحَّةُ ضَمانِ المَريض . وهو صحيحٌ ، فيصِحُ ضَمانُه ، بلا نِزاع ٍ . لكِنْ إنْ ماتَ فى مَرضِه ، حُسِبَ ماضَمِنَه مِن ثُلْثِه .

فائدة: في صِحَّةِ ضَمانِ المُكاتَبِ لغيرِه، وَجْهان. وأَطْلَقَهما في «التَّلْخيصِ»، و «النَّطْمِ»، و «النَّطْمِ»، و «الفُروعِ»، و «التَلْخيصِ »، و «الفُروعِ »، و «الفائق »؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ . قال في «المُحَرَّرِ » وغيرِه: ولا يصِحُّ إلَّا مِن جائزٍ تَبَرُّعُه سِوَى المُفْلِسِ المَحْجُورِ عليه. قال في «الرِّعايَةِ الكُبْرَى»، و «الحاوِيَيْن »، وغيرِهم: ومَن صحَّ تصَرُّفُه بنَفْسِه ، زادَ في «الرِّعايَةِ »: وتَبرُّعُه بالله ، صحَّ ضَمانُه. والوَجْهُ الثَّانِي: يصِحُّ "). قال ابنُ رَزِينٍ: ويُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ، عِلِه، صحَّ ضَمانُه. والوَجْهُ الثَّانِي: يصِحُّ "). قال ابنُ رَزِينٍ: ويُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ،

 ⁽١ – ١) في الأصل ، ط : ﴿ صرح به هنا ﴾ .

⁽٢) سقط من الأصل ، ط .

⁽٣) في الأصل: ﴿ لايصح ﴾ .

وَلَا يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ ، وَلَا صَبِيٍّ ، وَلَا سَفِيهٍ ، وَلَا مِنْ عَبْدٍ بِغَيْرِ الفَّنَهِ وَلَا يَصِحُّ ، وَيُثْبَعَ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحُّ ، وَيُثْبَعَ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحُّ ، وَهُلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ إَوْ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ وَهُلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ إَوْ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

المكه مسألة : (ولا يَصِحُّ مِن صَبِيٍّ ، ولا مَجْنُونٍ ، ولا سَفِيهٍ ، ولا مِن عَبْدٍ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه . وعنه ، يَصِحُّ ، ويُتْبَعُ به بعد العِتْقِ . وإن ضَمِن بإِذْنِ سَيِّدِه ، صَحَّ . وهل يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّةِ سَيِّدِه ؟ على رَوَايَتَيْنِ) لا يَصِحُّ الضَّمانُ مِن مَجْنُونٍ ولا مُبَرْسَمٍ ولا صَبِيٍّ غيرٍ مُمَيِّزٍ ، بغير خِلافٍ ؟ لأَنَّه إيجابُ مالٍ ، فلم يَصِحَّ منهم ، كالنَّذْرِ والإقرارِ . ولا بغير خِلافٍ ؟ لأَنَّه إيجابُ مالٍ ، فلم يَصِحَّ منهم ، كالنَّذْرِ والإقرارِ . ولا

الإنصاف

كَالْقِنِّ . وقيل : يَصِحُّ بَإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلا يَصِحُّ بَغَيْرِ إِذْنِهِ . وَلَعَلَّهُ المَّذَهِبُ . وجزَم به في « الكَافِي » . و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابن ِ رَزِينٍ » ، عَدَمَ الصِّحَّةِ ، إذا كان بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . وأَطْلَقُوا الوَجْهَيْن ، إذا كان باذْنِه .

قوله: ولا يصِحُّ إِلَّا مِن جائزِ التَّصَرُّفِ ، ولا يصِحُّ مِن مَجْنُونٍ ، ولا صَبِیًّ ، ولا سَفِيهٍ . أمَّا المَجْنونُ ، فلا يصِحُّ ضَمانُه ، قوْلًا واحِدًا . وكذا الصَّبِیُّ غيرُ المُمَيِّزِ ، وكذا المُمَيِّزُ . على الصَّحيح مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقدَّمه في « الكافِي » ، و « الفُروع ِ » ، وغيرِهما . وصحَّحه في « الفائقِ » وغيرِه . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه " . وعنه ، يصِحُّ ضَمانُه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : حرَّج أصحابُنا صِحَّة ضَمانِه على الرِّوايتَيْن في صِحَّة إِقْرارِه . ويأتِي حُكْمُ والشَّارِحُ : حرَّج أصحابُنا صِحَّة ضَمانِه على الرِّوايتَيْن في صِحَّة إِقْرارِه . ويأتِي حُكْمُ

⁽۱ – ۱) زیادة من : ا .

الشرح الكبير _ يَصِحُّ مِن السَّفِيهِ المَحْجُورِ عليه . وهو قولُ الشافعيِّ . وقال القاضي : يَصِحُ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْر عنه ؟ لأنَّ مِن أَصْلِنا أنَّ إِقْرارَه صَحِيحٌ ، يُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْر عنه ، كذلك ضَمانُه . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه إيجابُ مالٍ بعَقْدٍ ، فلم يَصِحُّ منه ، كالبَيْع ِ والشِّرَاءِ . فأما الإقْرارُ ، فلنا فيه مَنْعٌ . وإن سُلِّمَ ، فالفَرْقُ بينَهما أنَّ الإقْرارَ إخبارٌ بحَقِّ سابقٍ . وأمَّا الصَّبيُّ المُمَيِّزُ ، فلا يَصِحُّ ضَمانُه . وهو قولُ الشافعيِّ . وخَرَّجَ أصحابُنا صِحَّتَه على الرِّوايَتَيْن في صِحَّة إِقْراره و تَصَرُّفِه بإِذْنِ وَلِيِّه . ولا يَصِحُّ هذا الجَمْعُ ؟ لأن هذا الْتِزامُ ‹ مالِ لا ، فائِدَةَ له فيه ، فلم يَصِحُّ ، كالتَّبرُّ عِ والنَّذْرِ ، بخِلافِ البَيْعِ ِ . وإنِ اخْتَلَفا في وَقْتِ الضَّمانِ بعدَ بُلُوغِه ، [٢٦/٤] فقالَ الصَّبِيُّ : قبل بُلُوغِي . وقال المَضْمُونُ له : بعدَ البُلُوغِ . فقالَ القاضِي : قِياسُ قول أحمدَ ، أنَّ القولَ قولُ المَصْمُونِ له ؛ لأنَّ معه سَلامَةَ العَقْدِ ، فأشْبَهَ ما لو اخْتَلَفَا في شَرْطٍ فاسِدٍ . ويَحْتَمِلُ أَنَّ القولَ قولُ الضّامِن ؟ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ البُلُوغِ وعَدَمُ وُجُوبِ الحَقِّ عليه . وهذا قولُ الشافعيِّ . ولا يُشْبهُ هذا ما إذا اخْتَلَفَا في شَرْطٍ فاسدٍ ؟ لأنَّ المُخْتَلِفَيْن ثَمَّ مُتَّفِقان على أهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، والظَّاهِرُ أَنَّهما لا يَتَصَرَّفان إِلَّا تَصَرُّفًا صَحِيحًا ، فكانَ

الإنصاف إقرارِه في بابِه . وقال ابنُ رَزِين ٍ : وقيل : يصِحُّ ، بِناءً على تصَرُّفاتِه . وأَطْلَقَهما ف « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِی » [۱۲۱/۲ ظ] ، و « التَّلْخــــيصِ » ، و « الرِّعايتَيْـــــن » ،

⁽۱ - ۱) في را : « مالا » .

قولُ مُدَّعِي (١) الصِّحَةِ هو الظّاهِرَ ، وهله الْختلفا في أهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، وليس مع مَن يَدَّعِي الأهْلِيَّة ظاهِرٌ يَسْتَنِدُ إليه ، (اولا أصْلَّ يَرْجِعُ إليه) ، فلم تَرْجَحْ دَعُواه . والحُكْمُ في مَن عُرِفَ له حالُ جُنُونٍ ، كالحُكْمِ في الصَّبِيّ ، وإن لم يُعْرَفْ له حالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قولُ المَصْمُونِ له ؛ لأنَّ الصَّبِيّ ، وإن لم يُعْرَفْ له حالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قولُ المَصْمُونِ له ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُه . وأمّا المَحْجُورُ عليه لفلس ، فيصِحُّ ضَمانُه ، ويُثبّعُ به بعدَ فلكُ الحَجْرِ عنه ؛ لأنَّه مِن أهلِ التَّصَرُّفِ ، والحَجْرُ عليه في مالِه ، لا في فلكُ الحَجْرِ عنه ؛ لأنَّه مِن أهلِ التَّصَرُّفِ ، والحَجْرُ عليه في مالِه ، لا في خَمِّر إذْنِ سَيِّدِهِ ، سَواءٌ كان مَأْذُونًا له في التِّجارَةِ أو لا . وبهذا قال أبنُ أبي لَيْلَى ، والتَّوْرِيُّ) ، وأبو حنيفة . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ، ويُثبَعَ به بعدَ العِثْقِ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصحابِ الشافعيّ ؛ لأنه مِن أهلِ التَّصَرُّفِ ، فضحَّ تَصَرُّفُهُ بما لا ضَرَرَ فيه على السَّيِّدِ ، كالإثرارِ بالإثلافِ . التَّصَرُّف ، فصحَّ تَصَرُّفُهُ بما لا ضَرَرَ فيه على السَّيِّدِ ، كالإثرارِ بالإثلافِ . وقال أبو ثَوْرٍ : إن كان مِن جِهَةِ التِّجارةِ ، جاز ، وإلَّا لم يَجْزُ . فإن ضَمِن وقال أبو ثَوْرٍ : إن كان مِن جِهَةِ التِّجارةِ ، جاز ، وإلَّا لم يَجْزُ . فإن ضَمِن

و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقال فى « الكافِى » : وخرَّج بعضُ أصحابِنا صِحَّةَ الإنصاف ضَمانِ الصَّبِىِّ بإِذْنِ وَلِيَّه ، ''على الرِّوايتَيْن فى صِحَّةِ بَيْعِه . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : يصِحُّ بإِذْنِ وَلِيَّه') . فعلى المذهبِ ، لو ضَمِنَ ، وقال : كان قبلَ بُلُوغِي . وقال خَصْمُه : بل بعدَه . فقال القاضى : قِياسُ قَوْلِ أَحمدَ أَنَّ القَوْلَ

⁽١) في الأصل: ﴿ من يدعى ، .

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

⁽٣) في الأصل : (أبو ثور ١ .

⁽٤ – ٤) زيادة من : ١ .

الشرح الكبير بإذْنِ سَيِّدِه ، صَحَّ ؛ لأن سَيِّدَه لو أَذِنَ له (١) في التَّصَرُّفِ ، صَحَّ . قال . القاضى : وقِياسُ المَدْهَبِ تَعَلُّقُ المالِ برَقَبَتِه ؛ لأنَّه دَيْنٌ لَزِمَه بفِعْلِه ، فتَعَلَّقَ برَقَبَتِه ، كأَرْش جِنايَتِه . وقال ابنُ عَقِيل ِ : ظاهِرُ المَذْهَبِ وقِياسُه أَنَّه يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ . وقد ذَكَر شَيْخُنا هنا رِوايَتَيْنِ ، وكذلك ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ، كَاسْتِدانَتِه بإذْنِ سَيِّدِه . وسَنَذْكُرُ ذلك إن شاء اللهُ تعالى . فإن أَذِنَ لَهُ سَيِّدُه فِي الضَّمَانِ ؟ لَيَكُونَ القَضاءُ مِن المال الذي في يَدِه ، صَحَّ ، ويَكُونُ ما في ذِمَّتِه مُتَعَلِّقًا بالمالِ الذي في يَدِ العَبْدِ ، كَتَعَلَّقِ حَقِّ الجِنايَةِ برَقَبةِ الجانِي ، كما لو قال الحُرُّ : ضَمِنْتُ لك هذا الدَّيْنَ على أن تَأْخُذَ مِن مالِي هذا . صَحَّ .

الإنصاف قُولُ المَضْمُونِ له . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسِ في « تَذْكِرَتِه » . وقيل : القَوْلُ قَوْلُ الضَّامِن . وهي شَبِيهَةٌ بما إذا باعَ ، ثم ادَّعَى الصِّغَرَ بعدَ بُلُوغِه ، على ما تقدُّم في الخِيارِ ، عندَ قُولِه : وإنِ اخْتَلُفا في أَجَل أو شَرْطٍ ، فالقَوْلُ قَوْلُ مَن يَتْفِيه . والمذهب هناك ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه ، فكذا هنا . وأطْلَقَهما في « الرِّعايَتيْن » ، و « الفائق » ، و « الحاوِيَيْن » . وأمَّا السَّفِيهُ المَحْجورُ عليه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ ضَمانُه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به في « الوَجيزِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرهما . وقدَّمه في « الهدايّةِ » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الکافِی » ، و « الشُّرْح ِ » ، و « شَرْح ِ ابن ِ رَزِین ٍ » ، و « الرِّعایتَیْن » ، و « الحاوِيْيْن » ، و « الفُروع ِ » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال الشَّارحُ : هذا أُوْلَى . وقيل : يَصِحُّ . وهو احْتِمالُ للقاضي ، وأبي الخَطَّابِ ، قالَه' ۖ في

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل ، ط: « قال » .

فصل : ولا يَصِحُّ ضَمانُ المُكاتَبِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَالْقِنِّ ؛ لأَنَّه تَبَرُّعٌ بالْتِزامِ مالٍ ، أَشْبَهَ (١) نَذْرَ الصَّدَقَةِ بَمَالٍ مُعَيَّنٍ . ويَحْتَمِلُ أَن يَصِحَّ ويُتْبَعَ بالْتِزامِ مالٍ ، أَشْبَهَ (١) نَذْرَ الصَّدَقَةِ بَمَالٍ مُعَيَّنٍ . ويَحْتَمِلُ أَن يَصِحَّ ويُتْبَعَ به بعدَ عِتْقِه ، كَقَوْلِنا في العَبْدِ . [٢٠٧٤ و] وإن ضَمِن بإذْنِه ، ففيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، لا يَصِحُّ أيضًا ؛ لأنَّه رُبَّما أَدَّى إلى تَفْوِيتِ الحُرِّيَّةِ .

الإنصاف

« المُسْتَوْعِبِ » ، وهو وَجْهٌ فى « المُذْهَبِ » . قال فى « الكافِى » : وقال القاضى : يصِحُّ ضَمانُ السَّفِيهِ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكُ الحَجْرِ عنه . قال : وهو بعيدٌ . وأَطْلَقَهما فى « المُذْهَب » .

قوله: ولا مِن عَبْدٍ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه – هذا المذهبُ ، بلا رَيْب ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ – ويحْتَمِلُ أَنْ يصِحَّ ويُتْبَعَ به بعدَ العِتْقِ . وهو لأَبى الخَطَّابِ ، وهو روايَةٌ عن أحمدَ ، فيُطالِبُه به بعدَ عِتْقِه . قال في « التَّلْخيصِ » : والمَنْصوصُ ، يصِحُّ . بعدَ أَنْ أَطْلَقَ وَجْهَيْن . قال في « القَواعِدِ الأَصُولِيَّةِ » : الصِّحَّةُ أَظْهَرُ .

قوله : وإِنْ ضَمِنَ بإِذْنِ سَيِّدِه ، صَحَّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به أكثرُهم . وحكَى ابنُ رَزِين في « نِهايَتِه » وَجْهًا بعدَم ِ الصَّحَّةِ .

قوله: وهل يتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّةِ سيِّدِه ؟ على رِوايتَيْن . وقيل : وَجُهان . وأَطْلَقَهما في « الكَافِي » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُستَوْعِبِ » ، و « الحُلاصَةِ » ، و « المَدْهَبِ الأَحْمَدِ » ؛ إِحْداهما ، يتعلَّقُ بذِمَّةِ سيِّدِه . وهو المُذهبُ . جزَم به في « الوَجيزِ » . وصحَّحه في « التَّصْحيح » . وقدَّمه في « الفُروع » ، ذكرَه في آخِرِ الحَجْرِ . قال ابنُ عَقِيل : ظاهِرُ المذهبِ وقِياسُه ، أَنْ يتَعلَّقَ بذِمَّةِ سيِّدِه . والرِّوايَةُ الثَّانِيَةُ ، يتَعلَّقُ برَقَبَتِه . قال

⁽١) بعده في الأصل: ﴿ مَا لُو ﴾ .

الشرح الكبير والثَّانِي ، يَصِحُ ؛ لأنَّ الحَقُّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما . فأمَّا المَريضُ ، فإن كَانَ مَرَضُه غيرَ مَخُوفٍ ، أو لم يَتَّصِلْ به المَوْتُ ، فهو كالصَّحِيحِ ، وإن كان مَرَضَ المَوْتِ المَخُوفَ ، فَحُكُمُ ضَمانِه حُكْمُ تَبَرُّعِه ، يُحْسَبُ مِن تُلْثِه ؛ لأنَّه تَبَرُّ عٌ بالْتِزامِ مالِ لا يَلْزَمُه ، و لم يَأْخُذْ عنه عِوَضًا ، أَشْبَهَ الهِبَةَ . وإذا فُهِمَتْ إشارَةُ الأُخْرَس ، صَحَّ ضَمانُه ؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه وإقْرارُه وتَبَرُّعُه ، أَشْبَهَ النَّاطِقَ (١) ، ولا يَثْبُتُ الضَّمانُ بكِتابَتِه مُنْفَرِدَةً عن إشارَةٍ يُفْهَمُ بِهِا أَنَّه قَصَد الضَّمانَ ؛ لأنَّه قد يَكْتُبُ عَبَثًا أو تَجْرِبَةَ قَلَم (١) ، فلم (١) يَثْبُتِ الضَّمانُ به مع الاحْتِمالِ . ومَن لا تُفْهَمُ إِشَارَتُه ، لا يَصِحُّ ضَمانُه ؟ لأَنُّه لا يَدْرِي بضَمانِه ، وكذلك سائِرُ تَصَرُّفاتِه .

الإنصاف القاضى: قِياسُ المذهب، أنَّ المالَ يتَعلَّقُ برَقَبَتِه. واخْتارَه ابنُ عَبْدُوس في « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقي » ، و ﴿ شَرْحِ ِ ابنِ رَزِينِ ﴾ . قال ابنُ مُنجَّى في ﴿ شَرْحِه ﴾ : مَنْشَوُّهما أنَّ دُيونَ المَأْذُونِ له في التِّجارَةِ ؛ هل تتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ، أو بذِمَّةِ سيِّدِه ؟ . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ ، وغيرُهما : والصَّحيحُ هناك التَّعَلُّقُ بذِمَّةِ سيِّدِه . وقال ابنُ رَزين في « شَرْحِه » : ويتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . وقيل : بذِمَّةِ سيِّدِه . وقيل : فيه رِوايَتان ، كَاسْتِدانَتِه . ويأْتِي ذلك في آخِرِ الحَجْرِ . واخْتِيرَ في ﴿ الرِّعايَةِ ﴾ ، أنْ يكونَ في كَسْبِهِ ، فَإِنْ عَدِمَ ، فَفَى رَقَبَتِهِ .

فائدة : يَصِحُّ ضَمَانُ الأُخْرَسِ ، إذا فُهِمَتْ إشارَتُه ، وإلَّا فلا .

⁽١) في م: (الباطن) .

⁽٢) زيادة من : م .

⁽٣) سقط من: الأصل.

وَلَا يَصِحُ إِلَّا بِرِضَا الضَّامِنِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمَضْمُونِ لَهُ ، وَلَا اللَّهَ عَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَا مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لَهُمَا ،....

١٨٢٩ – مسألة : ﴿ وَلَا يَصِحُ إِلَّا بَرِضَا الضَّامِنِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الشَّرَ الْكَبَيرِ المَصْمُونِ له ، ولا المَصْمُونِ عنه ، ولا مَعْرِفَةُ الضّامِنِ لهما) لا يَصِحُّ الضَّمانُ إِلَّا برضا الضَّامِن ، فإن أُكْرِهَ عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه الْتِزامُ مالٍ ، فلم يَصِحُّ بغيرِ رِضا المُلْتَزِمِ ، كالنَّذْرِ . ولا يُعْتَبَرُ رِضا المَضْمُونِ له . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : يُعْتَبَرُ ؛ لأنَّه إثْباتُ مالِ لآدَمِيِّ ، فلم يَثْبُتْ إلَّا برضَاه ، أو رضامَن يَنُوبُ عنه ، كالبَيْع ِ والشِّراءِ . وعن أصحابِ الشافعيِّ كالمَذْهَبَيْن . وَلَنا ، أَنَّ أَبَا قَتَادَةَ ضَمِن مِن غيرِ رِضا المَضْمُونِ له ولا المَضْمُونِ عنه ، فأجازَه النبيُّ عَلَيْكُم ، ولأنَّها وَثِيقَةٌ لا يُعْتَبَرُ فيها قَبْضٌ ، فأشْبَهَتِ الشُّهادَةَ ، ولأنَّه ضَمانُ دَيْن ، فأشْبَهَ ضَمانَ بَعْض الوَرَثَةِ دَيْنَ الْمَيِّتِ للغائِبِ ، وقد سَلَّمُوه . ولا يُعْتَبَرُ رِضا المَضْمُونِ عنه . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه لو قَضَى الدَّيْنَ عنه بغير إذْنِه ورضاه ، صَحَّ ، فكذلك إذا ضَمِن عنه ، وقد دَلّ عليه حَدِيثُ أبي قَتادةً . ولا يُعْتَبرُ أن يَعْرفَهما الضَّامِنُ . وقال القاضِي : يُعْتَبرُ مَعْرِفَتُهما ، ليَعْلَمَ هل المَضْمُونُ عنه (١)

قوله : ولا يُعتَبَرُ مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لهما . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . الإنصاف وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِي » ، و « المُحَـرَّرِ » ، و « الشُّرْح ِ » ، و « شَرْح ِ ابن ِ مُنجَّى » ، و « الفُروع ِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،

⁽١) زيادة من : م .

المتنع وَلَا كَوْنُ الْحَقِّ مَعْلُومًا وَلَا وَاجبًا إِذَا كَانَ مَا لَهُ إِلَى الْوُجُوبِ ، فَلَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ لَكَ مَا عَلَى فُلَانٍ . أَوْ : مَا تُدَايِنُهُ بِهِ . صَحَّ .

الشرح الكبير أَهْلُ لِاصْطِناعِ المَعْرُوفِ إليه أو لا ؟ ولِيَعْرِفَ المَضْمُونَ له ، فَيُؤَدِّيَ إليه . وذَكَر وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّه يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ المَصْمُونِ له ؛ لذلك ، ولا يُعْتَبَرُ (١) مَعْرَفَةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه لا مُعامَلَةَ بينَه وبينَه . ولأصحابِ الشافعيُّ ثَلاثَةُ أُوْجُهِ نحوُ هذا . ولَنا ، حَدِيثُ عَلِيٌّ ، وأبي قَتادَةً (١) ، فإنَّهما ضَمِنا لمَن لَمْ يَعْرِفَا وَعَمَّنَ لَمْ يَعْرِفَا . وَلَأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْتِزَامِ مِالِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ مَعْرِفَةُ مَن يَتَبَرَّ عُ له به ، كالنَّذْر .

• ١٨٣ - مسألة : (ولا) يُعْتَبِرُ (كَوْنُ الحَقِّ مَعْلُومًا ولا واجبًا إذا كان مَآلُه إلى الوُجُوب ، فلو قال : ضَمِنْتُ لك ما على فُلانٍ . أو : ما تُداينُه به . صَحَّ) يَصِحُّ ضَمانُ المَجْهُولِ ، فمتى قال : أنا [١٧/٤] ضامِنٌ لك ما على فُلانٍ . أو : ما تَقُومُ به البَيِّنةُ . أو : ما يُقِرُّ به لك . أو : ما يَخْرُجُ

الإنصاف و « الحاويَيْن » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وصحَّحه النَّاظِمُ وغيرُه . وقال القاضى : يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهما . واخْتارَه ابنُ البِّنَّا . وذكَّر القاضي وَجْهًا آخَرَ ؛ يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ المَصْمُونِ له ، دُونَ مَعْرِفَةِ المَصْمُونِ عنه .

قوله : ولا كُوْنُ الحَقِّ معْلُومًا – يعْنِي ، إذا كان مآلُه إلى العِلْمِ – ولا واجبًا إذا كان مآلُه إلى الوُجوبِ ، فلو قالَ : ضَمِنْتُ لك ما على فُلانٍ . أو ما تُداينُه به ، صحَّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وفي ﴿ المُغْنِي ﴾ ، احْتِمالٌ أنَّه لا يصِحُّ

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) تقدم تخريجهما في صفحة ٩.

. وقال الشرح الكبير صحُّ ؛

فى رُوزِمانَجك (۱) . صَحَّ الضَّمانُ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالِكُ . وقال الثَّوْرِيُّ ، واللَّيثُ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا يَصِحُّ ؛ لاَنَّوْرِيُّ ، واللَّمْن ِ . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى : لاَنَّهُ الْتِزامُ مالٍ ، فلم يَصِحَّ مَجْهُولًا ، كالثَّمَنِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى :

الإنصاف

ضَمِانُ مَا سَيجِبُ . فعلى المذهبِ ، يجوزُ له إبطالُ الصَّمانِ قبلَ وُجوبِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » : له إبطالُه قبلَ وجُوبِه في الأصحِّ . وجزَم به في « المُنوِّرِ » وغيرِه . واختارَه ابنُ عَبْدُوسٍ في « تَذْكِرَتِه » وغيرُه . وقيل : ليس له إبطالُه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لا يصِحُّ ضَمانُ بعضِ الدَّيْنِ مُبْهَمًا . على الصَّحيحِ مِنَ المُدهبِ . جزَم به في « المُحرَّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوس » ، وغيرِهما . وقدَّمه في « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتيْن » ، و « الحاوِييْن » ، و « الفائقِ » . وقال أبو الخطَّابِ : يصِحُّ ، ويُفسِّرُه . وقال في « عُيونِ المَسائل » : لا تُعْرَفُ الرِّوايَةُ عن المَخطَّابِ : يصِحُّ ، ويُفسِّرُه . وقال في « عُيونِ المَسائل » : لا تُعْرَفُ الرِّوايَةُ عن إمامِنا ، فَيُمنَعُ . وقد سلَّمَه بعضُ الأصحابِ ؛ لجَهالَتِه حالًا ومآلًا . ولوضَمِنَ أحدَ هذيْن الدَّيْنَيْن ، لم يصِحَّ ، قوْلًا واحدًا . واختارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّين صِحَّةَ ضَمانِ الحَرْبِ ما يذْهَبُ مِنَ البَلَدِ أَو مِنَ البَحْرِ، وأَنَّ عايتَه ضَمانُ ما لم يجِبْ. وضَمانُ المَجْهُولِ كضَمانِ السُّوقِ، وهو أَنْ وأَنَّ عايتَه ضَمانُ ما لم يجِبْ. وضَمانُ المَجْهُولِ كضَمانِ السُّوق، وهو أَنْ يضَمَنَ ما يجِبُ على التُجَّارِ للنَّاسِ مِنَ الدَّيونِ ، وهو جائزٌ عندَ أكثرِ العُلَماءِ ، وأيى حَنِيفَة ، وأحمدَ . التَّانيةُ ، لو قال : ما أعْطَيْتَ فُلانًا ، فهو علَىً . فهل يكونُ ضامنًا لما يُعْطِيه في المُسْتَقْبَلِ ، أو لما أعْطاه في الماضِي ، ما لم تَصْرِفْه قَرِينَةً يكونُ ضامنًا لما يُعْطِيه في المُسْتَقْبَلِ ، أو لما أعْطاه في الماضِي ، ما لم تَصْرِفْه قَرِينَةً يكونُ ضامنًا لما يُعْطِيه في المُسْتَقْبَلِ ، أو لما أعْطاه في الماضِي ، ما لم تَصْرِفْه قَرِينَةً يكونُ ضامنًا لما يُعْطِيه في المُسْتَقْبَلِ ، أو لما أعْطاه في الماضِي ، ما لم تَصْرِفْه قَرِينَةً

⁽١) كذا في النسخ : « روزمانجك »

والروزنامة : كتيب يتضمن معرفة الأيام والشهور على مدار السنة .

﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (١) . وحِمْلُ البَعِيرِ غيرُ مَعْلُومٍ ؟ لأنَّ حِمْلَ البَعِيرِ مُخْتَلِفٌ باخْتِلافِه . وعُمُومُ قَوْلِه عليه السلامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ »(٢) . ولأنَّه الْتِزامُ حَقٌّ في الذِّمَّةِ مِن غيرٍ مُعاوَضَةٍ ، فَصَحٌّ في المَجْهُولِ ، كالنَّذْرِ والإقْرارِ ، ولأنَّه يَصِحُّ تَعْلِيقُه بغَرَرٍ وخَطَر ، وهو ضَمانُ العُهْدَةِ . وإذا قال : أَلْقِ مَتاعَكَ في البَحْرِ وعليَّ ضَمانَه . أو قال : ادْفَعْ ثِيابَكَ إِلَى هذا الرَّفَّاءِ وعليَّ ضَمانُها . فَصَحَّ في المَجْهُول ، كالعِتْق والطُّلَاق .

فصل : ويَصِحُّ ضَمانُ ما لم يَجبْ ، فلو قال : ما أُعْطَيْتَ فلانًا فهو علىَّ . صَحَّ . والخِلافُ في هذه المَسْأَلَةِ كالتي قبلَها ، ودَلِيلُ القَوْلَيْنِ ما ذَكَرْنا . وقد قالوا(٣) في هذه المَسْأَلَةِ : الضَّمانُ ضمُّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ في الْتِزِامِ الدُّيْنِ ، فإذا لم يَكُنْ على المَضْمُونِ عنه شيءٌ ، لم يُوجَدْ ضَمٌّ ، فلا يَكُونُ ضامِنًا . قُلنا : قد ضَمَّ ذِمَّته إلى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه في أنَّه يَلْزَمُه ما يَلْزَمُه ، وأنَّ ما يَثْبُتُ (ْ فَى ذِمَّةِ ۚ ' مَضْمُونِه يَثْبُتُ فَى ذِمَّتِه . وهذا كافٍ .

الإنصاف عن أَحَدِهما ؟ فيه وَجْهان ، ذكرَهُما في « الإرْشادِ » . وأطلَقَهما في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ ِ » ، و « المُحَرَّزِ » ، و « الحاوِى الكَبيرِ » ، و ﴿ الفُّرُوعِ ِ ﴾ ، و ﴿ الفائق ﴾ ، و ﴿ الزُّرْكَشِيُّ ﴾ ؛ أحدُهما ، يكونُ للماضي . قال الزَّرْكَشِيُّ : يحْتَمِلُ أَنْ يكونَ ذلك مُرادَ الخِرَقِيِّ ، ويُرَجِّحُه إعْمالُ الحَقيقَةِ .

⁽١) سورة يوسف ٧٢.

⁽٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦.

⁽٣) في م : ﴿ قَالَ ﴾ .

⁽٤ - ٤) سقط من : م .

المقنع

الشرح الكبير

وقد سَلَّمُوا ضَمانَ مَا يُلْقِيهِ فَى البَحْرِ قَبَلَ وُجُوبِهِ بَقَوْلِهِ : أَلْقِ مَتَاعَكَ فَى البَحْرِ وعلىَّ ضَمانُه . وسَلَّمَ أصحابُ الشافعيِّ فَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ضَمانَ الجُعْلِ فَى الجَعَالَةِ قَبَلَ العَمَلِ ، ومَا وَجَبَ شَيْءٌ بعدُ .

۱۸۳۱ – مسألة : (ويَصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ الضّامِنِ) نحوَ أَن يَضْمَنَ الضّامِنَ ضَامِنٌ آخَرُ ؛ لأَنَّه دَيْنٌ لِازِمٌ في ذِمَّتِه ، فصَحَّ ضَمانُه ، كسائِرِ

الإنصاف

وجزَم به في « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وصحَّحه في « النَّظْمِ » . والوَجْهُ النَّانِي ، يكونُ للمُسْتَقْبَلِ . (اوصحَّحه شارحُ « المُحَرَّرِ » . وحمَل المُصنِّفُ كلامَ الخِرَقِيِّ عليه ، فيكونُ اخْتِيارَ الْخِرَقِيِّ . وحمَل المُصنِّفُ كلامَ الخِرَقِيِّ عليه ، فيكونُ اخْتِيارَ الْخِرَقِيِّ . وقال في « الفُروعِ » : وما أَعْطَيْتَ فُلانًا ، علَى ، ونحوه ، ولا قرينَة ، قبلَ منه . وقيل : للواجب . انتهى . وقد ذكر النَّحاةُ الوَجْهَيْن . وقد ورَد للماضِي ، في قوْلِه تعالَى : ﴿ إِلَّا تَعَالَى : ﴿ اللَّهُمُ ٱلنَّاسُ ﴾ (٢) . وورَد للمُسْتَقْبَلِ في قوْلِه تعالَى : ﴿ إِلَّا اللَّهِ مَا اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ مُ ٱلنَّاسُ ﴾ (٢) . قالَه الزَّرْكَشِيُّ . قلتُ : قد يتَوَجَّهُ أَنَّه للماضِي والمُسْتَقْبَلِ ، (افَروعِ » المُسْتَقْبَلِ ، وهو ظاهِرُ ماقدَّمه في « الفُروعِ » . .

تنبيه: مُرادُه بقَوْلِه: ويصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ الضَّامِنِ. أَى الدَّيْنُ الذَى ضَمِنَه الضَّامِنُ ، فَيَثْبُتُ الحَقُّ فَى ذِمَمِ الثَّلاثَةِ . وكذا يصِحُّ ضَمانُ الدَّيْنِ الذَى الذَى كَفَلَه الضَّامِنُ ، فَيْرَأُ الثَّانِي بإِبْراءِ الأَوَّلِ ، ولا عَكْسَ . وإنْ قضَى الدَّيْنَ الضَّامِنُ الأَوَّلُ ،

⁽۱ - ۱) زیادة من : ۱ .

⁽۲) سورة : آل عمران ۱۷۳ .

⁽٣) سورة : البقرة ١٦٠ .

⁽٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير الدُّيُونِ(١) . ويَثْبُتُ الحَقُّ في ذِمَم الثَّلاثَةِ ، أَيُّهم قَضاه بَرئَتْ ذِمَمُهم كُلُّهَا ؛ لأنَّه حَقُّ واحدٌ ، فإذا قُضِيَ مَرَّةً سَقَط ، فلم يَجِبْ مَرَّةً أُخْرَى . وإن أَبْرَأَ الغَرِيمُ المَصْمُونَ عنه ، بَرِئَ الضّامِنان ؛ لأنَّهما فَرْعٌ ، وإن أَبْرَأَ الضَّامِنَ الأُوَّلَ بَرِئَ الضَّامِنان ؛ لذلك (١) ، و لم يَبْرَأُ المَضْمُونُ عنه ؛ لِما تَقَدَّمُ ، وإن أَبْرَأَ الضَّامِنَ الثَّانِيَ ، بَرِئَ وَحْدَه . ومتى حَصَلَتْ بَراءَةُ الذِّمَّةِ بالإِبْراءِ ، فلارُجُوعَ فيها ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ مع الغُرْمِ ، وليس في الإِبْراءِ غُرْمٌ . والكَفالَةُ كالضَّمانِ في هذا المَعْنَى(٣) .

فصل : وإن ضَمِن المَضْمُونُ عنه الضّامِنَ ، أو تَكَفَّلَ المَكْفُولُ عنه الكَفِيلَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الضَّمانَ يَقْتَضِي إلْزامَه الحَقَّ في ذِمَّتِه ، والحَقُّ لازمٌ له ، فلا يُتَصوَّرُ إِلْزامُه ثانِيًا ؛ ولأنَّه أَصْلٌ في الدَّيْن ، فلا يَجُوزُ أن يَصِيرَ فَرْعًا فيه . فإن ضَمِن عنه دَيْنًا آخَرَ ، أُو تَكَفَّلَ به في (١) حَقِّ آخَرَ ، جاز ؛ لعَدَم ما ذَكَرْنا .

رجَع على المَضْمُونِ عنه . وإنْ قَضاه الثَّانِي ، رجَع على الضَّامِنِ الأُوَّلِ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الأُوَّلُ على المَضْمُونِ عنه ، إذا كان كلِّ منهما أَذِنَ لصاحبِه ، وإنْ لم يَكُنْ أَذِنَ ، ففي الرُّجوعِ رِوايَتان . وأطْلَقَهما في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ . قلتُ : المذهبُ الرُّجوعُ . على ما يأْتِي فيما إذا قضَى الضَّامِنُ

⁽١) في الأصل : ﴿ الذُّنُوبِ ﴾ .

⁽٢) في ق : ﴿ كَذَلْكُ ﴾ .

⁽٣) سقط من : م .

⁽٤) سقط من : الأصل .

وَدَيْنِ الْمَيِّتِ الْمُفْلِسِ وَغَيْرِهِ ، وَلَا تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، فِي أَصَحِّ النع الرِّوايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

وغيره ، ولا تَبْرَأُ ذِمَّتُه قبلَ القضاءِ ، [١٨٣٠] في أَصَحِّ الرِّوايَتَيْن) يَصِحُّ الطَّمانُ عن كُلِّ غَرِيم وَجَبَ (') عليه حَقَّ ، حَيًّا كان أو مَيَّتًا ، مَلِيعًا أو مُفلِسًا . وبه قال أكْثَرُ العُلَماءِ . وقال أبو حنيفة : لا يَصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ ، إلَّا أن يُخلِّف وَفاءً ، فإن خَلَّف بعض الوفاءِ ، صَحَّ ضَمانُه بقَدْرِ ما خَلَّف ؛ لأنَّه دَيْنٌ ساقِطٌ ، فلم يَصِحَّ ضَمانُه ، كما لو سَقَط بالإِبْراءِ ، ما خَلَّف ؛ لأنَّه دَيْنٌ ساقِطٌ ، فلم يَصِحَّ ضَمانُه ، كما لو سَقَط بالإِبْراءِ ، ولأنَّ ذِمَّته قد خَرِبَتْ خَرابًا لا تَعْمُرُ بعدَه ، فلم يَثِق فيها دَيْنٌ ، والضَّمانُ ضَمَّ ذِمَّة إلى ذِمّة ، ولنا ، جَدِيثُ أبى قَتادَة (وعلى مَا نَه في مَانِه في حَدِيثِ أبى مَبِّلِهُ على ضَمانِه في حَدِيثِ أبى

الإنصاف

الدَّيْنَ . وقال فى « الرِّعايَةِ » ، فى هذه المَسْأَلَةِ : و لم يَرْجِع ِ الأَوَّلُ على أَحَدٍ ، على الأَظْهَرِ . ويأْتِى بعضُ مَسائلَ تتَعَلَّقُ بالضَّامِن ِ ، إذا تعَدَّدَ ، وغيرِه فى الكَفالَةِ ، فليُعْلَمْ .

قوله : ويصِحُّضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ المُفْلِسِ وغيرِه . أَى وغيرِ المُفْلِسِ . يصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ المُفْلِسِ ، بلا نِزاع ، ويصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ غيرِ المُفْلِسِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يصِحُّ .

قوله : ولا تُبرَأُ ذِمَّتُه قبلَ القَضاءِ ، في أَصَحِّ الرِّوايتَيْن . وكذا قال في « الهِدايَةِ » ،

⁽١) في الأصل : ﴿ ثبت ﴾ .

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير قَتادَةَ بِقَوْلِه : « أَلَا قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَه »(١) . وهذا صَريحٌ في المَسْأَلَةِ ، ولأنَّه دَيْنٌ ثابتٌ ، فصَحَّ ضَمانُهُ ، كما لو خَلَّفَ وَفاءً . ودَلِيلُ ثُبُوتِه ، أنَّه لو تَبَرَّعَ رَجُلٌ بقَضاءِ دَيْنِه ، جاز لصاحِب الدَّين (٢) اقتِضاؤُه ، ولو ضَمِنَه حَيًّا ثم مات ، لم ('تَبْرَأُ ذمَّةُ ') الضامِن ، ولو بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضامِنِ ، وفي هذا انْفِصالٌ عما ذَكَرُوه . إذا ثَبَت صِحَّةُ ضَمانِ دَيْنِ المَيِّتِ ، فإنَّ ذِمَّتُه لا تَبْرَأُ من الدَّيْنِ قبلَ القَضاءِ ، في إحدى الرِّوايَتَيْنِ ؛ لقَوْلِ النبيِّ عَيْدِ : « نَفْسُ المُؤْمِن مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ ﴾(') . ولأنَّ النبيُّ عَلِيْكُ سَأَل أبا قَتادَةَ عن الدِّينارَيْن الَّذَيْن ضَمِنَهُما ، فقال : قد قَضَيْتُهُما (٥) ، فقال : « الْآنَ بَرَّدْتَ جلْدَتَهُ » . رَواه الإمامُ أَحمدُ . ولأنَّه وَثِيقةٌ بدَيْن ، فلم يَسْقُطْ قبلَ القَضاء ، كالرَّهْن ، وَ كَالشُّهَادَةِ . وَالثَّانِيَةُ : تَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ . نَصَّ عليه أَحمدُ في رِوايةِ يُوسُفَ بن موسى ؛ لقَوْلِ النبيِّ عَلِيْكُ في حَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ : « وَبَرِئَ الْمَيِّتُ مِنْهُما ؟ » . قال : نعم . وقد ذكر نا ذلك (في أوَّل الباب) .

الإنصاف و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « المُحَرَّرِ » وغيرِه . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، يبْرَأُ بمُجَرَّدِ الضَّمانِ . نصَّ عليها ، وتقَدَّمَتْ .

⁽١) تقدم تخريجه في ٢١/٦.

⁽Y) في م: « الحق » .

⁽٣ - ٣) في م : (يبدأ منه) .

⁽٤) تقدم تخريجه في ٢٠/٦ .

⁽٥) في الأصل: ﴿ قبضتهما ﴾ .

⁽٦ - ٦) زيادة من : الأصل .

وَيَصِحُ ضَمَانُ عُهْدَةِ الْمَبِيعِ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِى ، وَعَنِ اللَّهُ اللَّهِ الْمُشْتَرى لِلْبَائِعِ .

فصل: ويَصِحُّ الضَّمانُ في جميع ِ الحُقُوقِ المالِيَّةِ الواجِبَةِ ، والتي تَنُولُ السرح الكبير إلى الوُّجُوبِ ، كَتَمَنِ المَبِيعِ فِي مُدَّةِ الخِيارِ وبعدَه ، والأُجْرَةِ ، والمَهْر قبلَ الدُّنُحول وبعدَه ؛ لأنَّ هذه الحُقُوقَ لازِمَةٌ ، وجَوازُ سُقُوطِها لا يَمْنَعُ صِحّةَ ضَمانِها ، كالثَّمنِ في المَبِيعِ بعدَ انْقِضاءِ الخِيارِ ، يجُوزُ أن يَسْقُطَ بالرَّدِّ بالعَيْبِ وبالمُقايَلةِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ .

> ١٨٣٣ - مسألة : ﴿ وَيَصِحُّ ضَمَانُ عُهْدَةِ المَبِيعِ عَنِ البَائِعِ للمُشْتَرِى ، وعن المُشْتَرى للبائِع ِ) فَضَمانُه عن(١) المُشْتَرِى ، هو أن يَضْمَنَ الثَّمَنَ الواجِبَ بالبَيْعِ قِبلَ تَسْلِيمِه ، ('أُو إِن') ظَهَر فيه عَيْبٌ أُو اسْتُحِقٌّ ، رَجَع بذلك على الضّامِنِ ، وضَمانُه عن البائِع ِ للمُشْتَرِي ، هو أَن يَضْمَنَ عن البائِع ِ الثَّمَنَ متى خَرَج المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أُو رُدًّ بعَيْبٍ ، أُو

قوله : ويصِحُّ ضَمانُ عُهْدَةِ المُبيع ِ عن البائع ِ للمُشْتَرِى ، وعن المُشْتَرى للبائع ِ . بلا نِزاع ٍ في الجُمْلَةِ . وحكَى النَّاظِمُ وغيرُه ، فيه خِلافًا . فضَمانُه عن ِ المُشْتَرِي للبائع ِ ؟ أَنْ يضْمَنَ الثَّمَنَ الواجبَ قبلَ تَسْلِيمِه ، أو إِنْ ظهَر به عَيْبٌ ، أوِ اسْتُحِقَّ . وضَمانُه عن البائع ِ للمُشْتَرِي ؟ أَنْ يَضْمَنَ عن البائع ِ الثَّمَنَ متى خرَج المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أو رُدًّ بعَيْبِ أو أرْشِ العَيْبِ . وضَمانُ العُهْدةِ في المَوْضِعَيْن ، هو ضَمانُ الثَّمَنِ أو بعضِه عن أحَدِهما للآخَرِ . وأَصْلُ العُهْدَةِ ؛ هو الكِتابُ الذي

⁽١) في م: د على ١.

⁽۲ – ۲) في م : ﴿ وَإِنْ ﴾ .

الشرح الكبير أرشَ العَيْب . فضَمانُ العُهدةِ في المَوْضِعَيْن هو ضَمانُ الثَّمَن أو جُزْء منه عن أحَدِهما للآخر . والعُهْدَةُ ؟ الكِتَابُ الذي تُكْتَبُ فيه وَثِيقَةُ [٢٨/٤] البَيْعِ ِ ، ويُذْكُرُ فيه الثَّمَنُ ، فَعُبِّرَ به عن الثَّمن الذي يَضْمَنُه . ومِمَّن أجازَ ضَمانَ العُهْدةِ في الجُمْلَةِ ؟ أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ . ومَنع منه بعضُ ('أصحاب الشافعيِّ') ؛ لكَوْنِه ضَمانَ ما لم يَجبْ ، وضَمانَ مَجْهُولِ ، وضَمانَ عَيْنٍ . وقد ثَبَت جَوازُ الضَّمانِ فى ذلك كُلِّه . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى الوَثِيقَةِ على البائِع ِ ، والوَثائِقُ ثَلاثَةٌ ؛ الشُّهادةُ ، والرَّهْنُ ، والضَّمانُ . فأمَّا الشُّهادةُ فلا يُسْتَوْفَى منها الحَقُّ ، وأمَّا الرَّهْنُ فلا يَجُوزُ في ذلك بالإجْماع ِ ؛ لأنَّه يُؤِّدِّي إلى أن يَبْقَى أبدًا مَرْهُونًا ، فلم يَبْقَ إلَّا الضَّمانُ . ولأنَّهُ لا يَضْمَنُ إلَّا ما كان واجبًا حالَ العَقْدِ ؛ ('لأنَّه إنَّما يَتَعَلَّقُ بالضَّمانِ حُكْمٌ إذا خَرَج مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا حالَ العَقدِ" ، ومتى كان كذلك ، فقد ضَمِن ما وَجَب حينَ العَقْدِ ، والجَهالَةُ مُنْتَفِيةٌ (٣) ؛ لأنَّه

الإنصاف تُكْتَبُ فيه الوَثِيقَةُ للبَيْعِ ، ويُذْكُرُ فيه الثَّمَنُ . ثم عبَّر به عن الثَّمَن الذي يضمنُه . و أَلْفاظُ ضَمانِ العُهْدَةِ: ضَمِنْتُ عُهْدَتَه ، أو ثَمَنَه ، أو دَرَكَه . أو يقولُ للمُشْتَرى: ضَمِنْتُ خَلاصَك منه . أو متى خرَج المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، فقد ضَمِنْتُ لك الثَّمَنَ . وهذا المذهبُ في ذلك كلُّه . وقال أبو بَكْرٍ في ﴿ التَّنْبِيهِ ﴾ ، و ﴿ الشَّافِي ﴾ : لا يصِحُّ ضَمانُ الدَّرَكِ . قال بعضُ الأصحاب : أرادَ أبو بَكْر ضَمانَ العُهْدَةِ . ورُدٌّ . فقال القاضى : لا يخْتَلِفُ المذهبُ أنَّ ضَمانَ الدَّرَكِ لِتَمَنِ المَبِيعِ يصِعُّ ، وإنَّما الذي

⁽١ - ١) في م : ﴿ أَصِحَابِهِ ﴾ .

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

⁽٣) في الأصل : « متبقية » .

ضَمِن الجُمْلَةَ ، فإذا خَرَج بعضُه مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَه بعضُ ما ضَمِنَه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَصِحُّ ضَمانُ العُهْدةِ عن البائِع لِلمُشْتَرِى قبلَ قَبْض الشَّمَنِ وبعدَه . وقال الشافعيُّ : إنَّما يَصِحُ بعدَ القَبْض ِ ؛ لأنَّه قبلَ القَبْض لو خَرَج مُسْتَحَقًّا ، لم يَجِبْ على البائِع شيءٌ . وهذا يَنْبَني على ضَمانِ ما لم يَجِبْ إذا كان مُفْضِيًا إلى الوُجُوبِ ، كالجَعالَةِ ، وسَنَذْ كُرُها .

وأَلْفَاظُ ضَمَانِ العُهْدَةِ (') قَوْلُه : ضَمِنْتُ عُهْدَتَه . أو : ثَمَنَه . أو : دَرَكَه . أو يَقُولُ للمُشْتَرِى : ضَمِنْتُ خَلاصَكَ منه . أو : متى خَرَج المَبِيعُ مُسْتَحَقَّا فقد ضَمِنْتُ لك الثَّمَنَ . وحُكِى عن أبى يُوسُفَ أَنَّه إذا قال : ضَمِنْتُ لك العُهْدَةَ . لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ العُهْدَةَ ضَمِنْتُ بالاَيْتِياعِ ، كذا فَسَرَه أَهْلُ اللَّغةِ ، فلا يَصِحُّ ضَمانُه للمُشْتَرِى ؛ لأَنَّ العُهْدة في العُرْفِ عِبارَةٌ عن الدَّركِ لأَنَّه مِلْكُه . وليس بِصَحيحٍ ؛ لأَنَّ العُهْدة في العُرْفِ عِبارَةٌ عن الدَّركِ

الإنصاف

لا يصِحُ ، ضَمانُ الدَّرَكِ لعَيْنِ المَبِيعِ . وقد بيَّنَه أَبو بَكْرٍ ، فقال : إِنَّما ضَمِنَه يُريدُ التَّمَنَ ، لا الخَلاصَ ؛ لأَنَّه إذا باعَ ما لا يمْلِكُ ، فهو باطِلٌ ، أَوْمَأَ إِلَى هذا أحمدُ .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو بنَى المُشْتَرِى ، ونقَضَه المُسْتَحِقُ ، فالأَنْقاضُ للمُشْتَرِى ، ويرْجِعُ بقِيمَةِ التَّالِفِ على البائِع ، وهل^(٣) يدْخُلُ في ضَمانِ العُهْدةِ (نُفي حقِّ ضامِنِها ؟ على وَجْهَين . وأطْلقَهما في « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يدْخُلُ في ضَمانِ العُهْدَةِ ، . قَدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ،

⁽١) في ق ، م : « عهدة المبيع » .

⁽٢) بعده في الأصل: « لك » .

⁽٣) في الأصل ، ط : « وهذا » .

⁽٤ - ٤) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير وضَمانِ الثَّمَنِ ، والمُطْلَقُ يُحْمَلُ على الأسْماء العُرْفِيَّةِ ، كالرَّاوِيَةِ ، تُحْمَلُ عندَ إطلاقِها على المَزادةِ لا(') على الجَمَلِ ، وإن كان هو(') المَوْضُوعَ لُغَةً . فأمَّا إن ضَمِن له خَلاصَ المَبِيع ِ ، فقال أبو بكرٍ : هو باطِلَّ ؛ لأنَّه إِذَا خَرَ جِحُرًّا أَو مُسْتَحَقًّا ، لم يَسْتَطِعْ تَخْلِيصَه ، ولا يَحِلُّ . وقد قال أحمدُ ، في رَجُل باع عَبْدًا أو أَمَةً ، وضَمِن له الخَلاصَ ، فقال : كيف يَسْتَطِيعُ الخَلاصَ إذا خَرَج حُرًّا ؟ . فإن ضَمِن عُهْدَةَ المَبِيعِ وخَلاصَه ، بَطَل في الخَلاصِ . وتَنْبَنِي صِحَّتُه في العُهْدةِ على تَفْرِيقِ الصَّفْقةِ .

إذا ثَبَت صِحَّةُ ضَمانِ العُهْدةِ ، فالكَلامُ فيما يَلْزَمُ الضَّامِنَ ، فنقولُ : اسْتِحقاقُ رُجُوع ِ المُشْتَرِي بالثَّمَن ، إمَّا أن يكونَ بسَبَبٍ حادِثٍ بعدَ العَقْدِ ، أو مُقارنٍ له ؛ فأما الحادِثُ فمثلُ تَلَفِّ " المَكِيل والمَوْزُونِ في يَدِ البائِعِ ، أو بغَصْبِ مِن يَدِه ، أو يَتَقايَلان ، فإنَّ المُشْتَرِى يَرْجِعُ على البائِع ِ دُونَ الضّامِن ؟ لأنَّ هذا لم يَكُنْ مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ ، وإنَّما ضَمِن الاسْتِحقاقَ المَوْجُودَ حالَ العَقْدِ . ويَحْتَمِلَ أَن يَرْجِعَ به على الضَّامِنِ ؟ [٢٩/٤] لأنَّ ضمانَ ما لم يَجِبْ جائِزٌ ، وهذا منه . وأمَّا إن كان بسَبَبِ مُقارِنٍ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان بسَبَبِ لا تَفْريطَ مِن البائِعِ فيه ، كَأَخْذِه

الإنصاف و « الحاوِيْن » . والثَّانِي ، لايدْخُلُ . وهو ظاهِرُ كلامِه في « المُغْنِي » ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ؛ فإنُّهما ماضَمَّناه ، إلَّا إذا ضَمِنَ ما يحْدُثُ في المَبِيعِ مِن بِناءٍ ،

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) سقط من : الأصل ، ر ١ ، م .

⁽٣) سقط من : الأصل .

بالشُّفْعَةِ ، فإنَّ المُشْتَرِيَ يَأْخُذُ الثَّمَنَ مِن الشَّفِيعِ ِ ، ولا يَرْجِعُ على البائِع ِ الشرح الكبير ولا الضّامن . ومتى لم يَجبْ على المَضْمُونِ عنه ، لم يَجبْ على الضّامِنِ بطَرِيقِ الأَوْلَى . فأمَّا إن كان زَوالُ مِلْكِه عن المَبيع ِ بسَبَبِ مُقارِنٍ ؛ لتَفْريطٍ مِن البائِع ِ ، باسْتِحْقاق ٍ ، أو حُرّيّة ٍ ، أو ردٌّ بعَيْبِ قديم ي ، فله الرُّجُوعُ على الضَّامِن ، وهذا ضَمانُ العُهدةِ ، وإن أراد أُخذَ أرْش العَيْب ، رَجَع على الصَّامِن أيضًا ؟ لأنَّه إذا لَزِمَه كلُّ الثَّمَن ، لَزِمَه بعضُه إذا اسْتَحَقَّ ذلك على المَضْمُونِ عنه ، وسواءٌ ظَهَر كلُّ المَبيع ِ مُسْتَحَقًّا أو بعضُه ؟ لأنَّه إذا ظَهَر بعضُه مُسْتَحَقًّا ، بَطَل العَقْدُ في الجَمِيع ِ ، في إحْدَى الرِّوايَتَيْن ، فقد خَرَجَتِ العَيْنُ كلُّها مِن يَدِه بسَبَب الاسْتِحْقاقِ . وعلى الرُّوايَةِ الأَخْرَى ، يَبْطُلُ في البَعْضِ المُسْتَحَقِّ ، وله رَدُّ الجَمِيعِ ، فإن رَدُّها فهو كالو اسْتُحِقَّتْ كلُّها ، وإن أمْسَكَ بعضَها فله المُطالَبَةُ بالأرش ، كَمَا لُو وَجَدَهَا مَعِيبَةً . ولو باعَه عَيْنًا أُو أَقْرَضَه بِشَرْطِ أَن يَرْهَنَ عندَه عَيْنًا عَيَّنَها ، فَتَكَفَّلَ رجلٌ بتَسْلِيم ِ الرَّهْنِ ، لم تَصِحَّ الكَفالَةُ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُ البائِعَ ، فلا يَلْزَمُ الكَفِيلَ ما لا يَلْزَمُ الأَصِيلَ(١) . وإن ضَمِن للمُشْتَرِي قِيمَةَ

الإنصاف

أو غِراس . النَّانيَةُ ، لو خافَ المُشْتَرى فَسادَ البَّيْع ِ بغيرِ اسْتِحْقاقِ المَبيع ِ ، أو كَوْنَ العِوَضِ مَعِيبًا ، أو شَكَّ في كَمالِ الصَّنْجَةِ ، أو جَوْدَةِ جِنْسِ النَّمَنِ ، فضَمِنَ ذلك صريحًا ، صحَّ كضَمانِ العُهْدَةِ . وإنْ لم يُصَرِّحْ ، فهل يدْخُلُ في مُطْلَقِ ضَمانِ العُهْدَةِ ؟ على وَجْهَيْن . وأَطْلَقَهما في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايَةِ ﴾ . التَّالئَةُ ، يصِحُّ ضَمانُ نَقْصِ الصَّنْجَةِ ، ونحوِها ، ويرْجِعُ بقَوْلِه ، مع يَمِينِه ، على الصَّحيحِ

⁽١) في م: (الأصل) .

الشرح الكبير مَا يَحْدُثُ فِي المَبِيعِ ، مِن بِناءِ أَو غِراسٍ ، صَحٌّ ، سواءٌ ضَمِنَه البائِعُ أَو أَجْنَبِيٌّ ، فإذا بَنَى أو غَرَسَ فاسْتُحِقُّ المَبيعُ ، رَجَع المُشْتَرى على الضّامِن بقِيمَةِ مَا تَلِفَ أُو نَقُص . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعيُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّه ضَمانُ مَجْهُول ، وضَمانُ ما لم يَجبْ . وقد بَيُّنَّا جَوازَه .

١٨٣٤ - مسألة : (ولا يَصِحُ ضَمانُ دَيْنِ الكِتابَةِ ، في أَصَحُّ الرِّوايَتَيْن) وهو قولُ الشافعيِّ ، وأكثَر أهْل العِلْم . والأُخْرَى ، يَصِحُّ ؛ لأَنَّه دَيْنٌ على المُكَاتَبِ ، فصَحَّ ضَمانُه ، كسائِرِ دُيُونِه . والأُولَى أَصَحُّ ؛ لأنَّه ليس بلازِم ، ولا مآلُه إلى اللُّزوم ؛ لأنَّ للمُكاتَبِ(') تَعْجِيزَ نَفْسِه ، والامْتِناعَ مِن الأداء ، فإذا لم يَلْزَمِ الأَصِيلَ(') ، فالضَّامِنُ أَوْلَى .

الإنصاف مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يرْجِعُ بَبَيُّنَةٍ في حقِّ الضَّامِنِ .

قوله : ولا يصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ [١٢٢/٢ط] الكِتابَةِ ، فى أَصَحِّ الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ مُطْلَقًا . جزَم به في « الوَجيز » ، و « النَّظْم » ، وغيرهما . وقدَّمه في « الفُروع » ، و « الكافي » ، وقال : هذا المذهبُ . "قال المُصَنّفُ في « المُغْنِي » ، و "الشَّار حُ : هذا أصحُّ . وصحَّحه ابنُ مُنجَّى في « شَرْحِه » . والرِّوايَةُ الثَّانِيَةُ ، يصِحُّ ضَمانُه ، سواءٌ كان الضَّامِنُ حُرًّا أو غيرَه . وحكَاها في « الخُلاصَةِ » وَجْهًا . وأَطْلَقَهما في « الهدايَةِ » ، و « المُـذْهَبِ » ،

⁽١) في ق: (المكاتب علك) .

⁽٢) في م: ﴿ الأصل ﴾ .

⁽٣ - ٣) زيادة من : ١ .

وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْأَمَانَاتِ ؛ كَالْوَدِيعَةِ وَنَحْوِهَا ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّعَدِّيَ فِيهَا .

الشه ح الكبير

وَحَوِها ، إِلَّا أَن يَضْمَنَ التَّعَدِّى فِيها) أَمَّا الأمانات ؛ كالوديعة ، والعَيْنِ وَحَوِها ، إِلَّا أَن يَضْمَنَ التَّعَدِّى فِيها) أَمَّا الأمانات ؛ كالوديعة ، والعَيْنِ المَدْفُوعَة إلى الخَيّاطِ المُوْجَرَة ، والشَّرِكة ، والمُضارَبة ، والعَيْنِ المَدْفُوعَة إلى الخَيّاطِ والقَصّارِ ، فإن ضَمِنها مِن غيرِ تَعَدِّفيها ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنّها غيرُ مَضْمُونَة على صاحب اليد ، فكذلك على ضامِنِه . وإن ضَمِن التَّعَدِّى فيها ، فظاهِرُ كلام أحمد ، رَحِمَه الله تعالى ، صِحّة ضَمانِها ، فإنّه قال في رواية الأثرَم ، كلام أحمد ، رَحِمَه الله تعالى ، صِحّة ضَمانِها ، فإنّه قال في رواية الأثرَم ، في رجل يَتَقَبَّلُ مِن الناسِ الثِيّابَ ، فقال له [١٩/٤ ط] رجل : ادْفَعْ إليه في رجل يَتَقبَّلُ مِن الناسِ الثِيّابَ ، فقال له [١٩/٤ ط] رجل : ادْفَعْ إليه وَمَامِنٌ لِما دَفَعَه إليه . يَعْنِي إذا تَعَدَّى أو يُهابَكُ وأَنا ضامِنٌ . فقال : هو ضامِنٌ لِما دَفَعَه إليه . يَعْنِي إذا تَعَدَّى أو يَلِف بفِعْلِه . فعلى هذا ، إن تَلِفَ بغيرِ فِعْلِه ولا تَفْرِيطٍ منه ، فلا شيءَ على تَلِف بفِعْلِه . فعلى هذا ، إن تَلِفَ بغيرِ فِعْلِه ولا تَفْرِيطٍ منه ، فلا شيءَ على

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وقال القاضى : يصِحُّ ضَمانُه إذا كان حُرًّا ؛ لسَعة تصرُّفِه . (ا قدَّمه ابنُ رَزِين في « شَرْحِه » ا . واختارَه ابنُ عَبْدُوسِ في « تَذْكِرَتِه » . وتقدَّم ، هل يصِحُّ أَنْ يكونَ المُكاتَبُ ضامِنًا ، أو لا ؟ ويأتِي في بابِ الكِتابَةِ ، إذا ضَمِنَ أحدُ المُكاتَبُن الآخَرَ ، هل يصِحُ ، أم لا ؟

قوله : ولا يصِحُّ ضَمانُ الأماناتِ ، كالوَدِيعَةِ ونحوِها . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يصِحُّ . وحمَل على التَّعَدِّي ، كتَصْريحِه به ؛ فإنَّه يصِحُّ .

⁽۱ - ۱) إزيادة من: ١.

المنه وَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ ، كَالْغُصُوبِ ، وَالعَوَارِي ، وَالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ، فَيَصِحُّ ضَمَانُهَا .

الشرح الكبير الضَّامِن ، وإن تَلِف بفِعْلِه أو تَفْرِيطٍ ، لَزِمَه ضَمانُها ، ولَزِم ضامِنَه أيضًا ؟ لأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ على مَن هي في يَدِه ، فهي كالغُصُوبِ والعَوارِي ، وهذا في الحَقِيقَةِ ضَمانُ ما لم يَجبْ ، وقد ذَكَرْناه .

١٨٣٦ - مسألة : (فأمَّا الأعْيانُ المَضْمُونَةُ ؛ كالغُصُوبِ ، والعَوارى ، والمَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، فيَصِحُّ ضَمانُها) وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْه . وقال في الآخَر : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الأعْيانَ غيرُ ثابتَةٍ في الذِّمَّةِ ، وإنَّما يُضْمَنُ ما يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ ، ووَصْفُنا لها بالضَّمانِ إِنَّمَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا عَنَدَ التَّلَفِ ، والقِيمَةُ مَجْهُولَةٌ . ولنا ، أنَّها مَضْمُونَةٌ على مَن هي في يَدِه ، فصَحَّ ضَمانُها ، كالحُقُوقِ الثَّابِتَةِ في الذِّمَّةِ .

الإنصاف بلا نِزاعٍ . وقد صرَّح به المُصَنِّفُ هنا ، وغيرُه مِنَ الأصحاب .

قوله : فأمَّا الأَعْيانُ المَصْمُونَةُ ؛ كالغُصُوبِ ، والعَوارِي ، والمَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، فيصِحُّ ضَمانُها . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يصِحُّ ضَمانُها .

تبيه : أفادَنا المُصَنّفُ ، رَحِمَه الله ، أنَّ المَقْبوضَ على وَجْهِ السُّومِ مِن ضَمانِ القابض ، وأنَّ ضَمانَه يصِحُّ . والأصحابُ ، رَحِمَهم اللهُ ، يذْكُرُون مَسْأَلَة ضَمانِ المَقْبُوضِ على وَجْهِ السُّومِ ، في فَصْلِ ، مَن باغَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا . ويذْكُرُونها أيضًا في أحْكَامِ القَبْضِ ، ويذْكُرُون مَسْأَلَةَ الضَّامِنِ هنا ، ومَسْأَلَةُ صِحَّةِ ضَمانِ الضَّامِنِ للمَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ مُتَرِّبَّةٌ على ضَمانِه بقَبْضِه . واعْلَمْ أَنَّه قد ورَد

قَوْلُهِم : إِنَّ الأَعْيَانَ لا تَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ . قُلْنا : الضَّمَانُ فِي الحَقِيقَةِ إِنَّما هو ضَمانُ اسْتِنْقاذِها وَرَدِّها ، والْتزامُ تَحْصِيلِها أو قِيمَتِها عندَ تَلَفِها . وهذا مِمَّا يَصِحُّ ضَمانُه ، كَعُهْدةِ المَبِيعِ ، فإنَّه يَصِحُّ ، وهو في الحَقِيقَةِ الْتِزامُ رَدِّ الثَّمَنِ أو عِوضِه إن ظَهَر بالمَبِيعِ عَيْبٌ أو اسْتُحِقَّ .

الإنصاف

عن الإمام أحمد في (١) ضمان المَقْبوض على وَجْهِ السَّوْم نُصوص ؟ فنقَل حَرْبٌ ، وأبو طالِب ، وغيرُهما ، ضمان المَقْبوض على وَجْهِ السَّوْم . ونقَل ابنُ مَنْصُورِ وغيرُه ، أَنَّه مِن ضَمانِ المَالِك ؛ كالرَّهْنِ ، وما يقْبِضُه الأَجِيرُ . ونقَل حَرْبٌ وغيرُه ، ضاعَ مِنَ المُشْتَرِى ، ولم يقْطَعْ ثَمَنَه ، أو قطَع ثَمَنَه ، لزمَه . ونقَل حَرْبٌ وغيرُه ، في مَن قال : في مَن قال : بعنيي هذا . فقال : حُذْه بما شِئتَ . فأخَذَه ، فماتَ بيَدِه ، (اقال : بعنيه . فقال : حُذْه بما شِئتَ . فأخذَه ، فماتَ بيَدِه أَنَه مُن قال : بعنيه . فقال : حُذْه بما شِئتَ . فأخذَه ، فماتَ بيَدِه أَن مُشَيش ، في مَن قال : بعنيه . فقال : حُذْه بما شِئتَ . فأخذَه ، فماتَ بيَدِه أَن مُشَيش ، في مَن قال المَجْدُ : هذا يدُلُّ على أنَّه أمانَة ، وأنَّه يُخَرَّجُ مِثْلُه في بَيْع خِيارٍ ، على قَوْلِنا : لا يمْلِكُه . قال المَجْدُ : هذا يدُلُّ على أنَّه أمانَة ، وأنَّه يُخَرَّجُ مِثْلُه في بَيْع خِيارٍ ، فهذه لم يَنْه مَن اللهُ مَنْه اللهُ في الله في ﴿ الفُروعِ مِ ﴾ : ذكر الأصحابُ في ضمانِه نصوصُه في هذه المَسْأَلَة . قال في ﴿ الفُروعِ مِ ﴾ : ذكر الأصحاب من حكى في ضمانِه روايتَيْن ، سواء أخذ بتَقُدير النَّه مَقْبوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض ، فهو عَقِيل . وصحّع الطَّمان ؛ لأنَّه مَقْبوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض ، فهو عَقِيل . وصحّع الطَّمان ؛ لأنَّه مَقْبوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض ، فهو عَقيل . وصحّع الطَّمان ؛ لأنَّه مَقْبوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ عَلْه وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ المَدْه في وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ البَدَلِ والعِوض على وَجْهِ المَدْوض على وَجْهِ المَدْوض على وَجْهِ البَدَلُ والمِدْه المَدْه والمِدْه المَدْه المَدْه والمِدْه المَدْه والمِدْه المَدْه والمِدْه المَدْه والمِدْه المَدْه والمِدْه المَدْه المَدْ

⁽١) سقط من: الأصل، ١.

⁽٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

⁽٣) في الأصل ، ط: ﴿ العبد ﴾ .

فصل: ويَصِحُّ ضَمانُ الجُعْلِ في الجَعالَةِ ، وفي المسابَقَةِ والمُناصَلَةِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : لا يَصِحُّ ضَمانُه في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأَنَّه لا يَئُولُ إلى اللُّزُوم ، أَشْبَهَ مالَ الكِتَابةِ . ولَنا ، قولُ الله ِتعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾(١) . ولأنَّه يَتُولُ إلى اللَّزُوم إذا عَمِل العَمَلَ ، وإِنَّمَا الذي لا يَلْزَمُ العَمَلُ ، والمالُ يَلْزَمُ بُوجُودِه ، والضَّمَانُ للمال دُونَ العَمَلَ . ويَصِحُّ ضَمانُ أَرْشِ الجنايَةِ ، سواءٌ كان نُقُودًا ، كَقِيَمٍ المُتْلَفاتِ ، أو حَيَوانًا ، كالدِّياتِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : لا يَصِحُّ

الإنصاف السَّوْمِ ثَلاثَ صُورٍ ؛ الأُولَى ، أَنْ يُساوِمَ إِنْسانًا فى ثَوْبِ أَو نحوِه ، ويقْطَعَ ثَمَنَه ، ثم يقْبضَه ليُريَه أَهْلَه ، فإنْ رَضُوه ، وإلَّا ردَّه ، فيتْلَفُ . ففي هذه الصُّورَةِ ، يضْمَنُ إِنْ صِحَّ بَيْعُ المُعاطاةِ . والمذهبُ صِحَّةُ بَيْع ِ المُعاطاةِ . وجزَم بذلك في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُــروعِ ، » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال ابنُ أبى مُوسَى : يضْمَنُه بغيرِ خِلافٍ . قال ابنُ رَجَبٍ ، في « قَواعِدِه » : وهذا يدُلُّ على أنَّه يَجْرِي فيه الخِلافُ إِذَا قُلْنَا : إنَّه لم ينْعَقِدِ البَّيْعُ بذلك . وفي كلام ِ أحمدَ إيماءً إلى ذلك . انتهى ". الثَّانيَةُ ، لو ساوَمَه ، وأَخَذَه ليُرِيَه أَهْلَه ، إِنْ رَضُوه ، وإلَّا رِدَّه مِن غيرِ قَطْع ِ ثَمَنِه ، فيتْلَفُ ، ففي ضَمانِه روايَتان . وأَطْلَقَهما في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاويَيْن » ، و « الفائقي » ، و « المُسْتَوْعِب » . إحداهما ، يضْمَنُه القابضُ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلام ِ المُصَنِّفِ هنا . وجزَم به في « الوَجيزِ » ، في هذا البابِ . قال ابنُ أبي مُوسى : فهو مَضْمُونٌ بغير خِلافٍ . نُقِلَ عن أحمدَ ، هو مِن ضَمانِ قابِضِه ، كالعارِيَّةِ . والرُّوايَةُ الثَّانيَةُ ، لايضْمَنُه . قال في « الحاوِيَيْن » : نقَل ابنُ مَنْصُورٍ وغيرُه، هو مِن ضَمانِ

⁽١) سورة يوسف ٧٢.

ضَمانُ الحَيُوانِ الواجِبِ فيها ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . وقد مَضَى الدَّلِيلُ على صِحّةِ ضَمانِ المَجْهُولِ ، ولأنَّ الإِبلَ الواجِبةَ في الدِّيةِ (') مَعْلُومَةُ الأَسْنانِ والعَدَدِ ('') ، وجَهالَةُ اللَّوْنِ وغيرِه مِن الصِّفاتِ الباقِيَةِ لا تَضُرُّ ؛ لأَنَّه إِنَّما يَلْزَمُه أَدْنَى لَوْنٍ وصِفَةٍ ، فتَحْصُلُ مَعْلُومَةً ، وكذلك غيرُها ('' مِن الحَيوانِ ، ولأنَّ جَهْلَ ذلك لم يَمْنَعْ وُجُوبَه بإثلافٍ ، فلم يَمْنَعْ وُجُوبَه بالأَيْزِام . ويَصِحُّ ضَمانُ نَفَقَة الزَّوْجَة ، سواةً كانت نَفَقَة يَوْمِها أو بالأَيْزِام . ويَصِحُّ ضَمانُ نَفَقَة الزَّوْجَة ، والمُسْتَقْبَلَةُ مَا لَها إلى الوُجُوبِ ('' ، مُسْتَقْبَلَةً ، لأَنَّ نَفَقَةَ اليَوْم واجِبَةً ، والمُسْتَقْبَلَةُ مَا لَها إلى الوُجُوبِ ('' ،

الإنصاف

المَالِكِ ، كَالرَّهْنِ ، ومَا يَقْبِضُه الأَجِيرُ . الثَّالئَةُ ، لو أَخَذَه بإِذْنِ رَبِّه ليُرِيَه أَهْلَه ، إِنْ رَضُوه اشْتَراه ، وَإِلَّا ردَّه ، فتَلِفَ بلا تَفْريطٍ ، (مَ لم يضْمَنْ) . قال ابنُ أَبى مُوسى : هذا أَظْهَرُ عنه . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِيَيْن » . قال في « الفائق » : فلا ضَمانَ في أَظْهَرِ الرِّوايتَيْن . وعنه ، يضْمَنُه بقِيمَتِه .

فائدة : المَقْبُوضُ في الإجارَةِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، حُكْمُه حُكْمُ المَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، حُكْمُه حُكْمُ المَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، واقْتَصَرَ عليه في « الفُروع ِ » ، وقالَ : ووَلَدُ المَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، كَهُو ، لا وَلَدَ جانِيَةٍ ، وضامِنَةٍ ، وشاهِدَةٍ ، ومُوصَّى بها ، وحقِّ جائزٍ ، وضَمانِه . وفيه في « الانتصارِ » ، إنْ أَذِنَ وشاهِدَةٍ ، ومُوصَّى بها ، وحقِّ جائزٍ ، وضَمانِه . وفيه في « الانتصارِ » ، إنْ أَذِنَ وَسَامِنَهُ بعضِ الأصحابِ ، ووَلَدُ مُوصَّى

⁽١) في ق: « الذمة » .

⁽٢) بعده في الأصل : ﴿ فيها لأنها مجهول ، .

⁽٣) سقط من : الأصل .

⁽٤) في ق ، م : ﴿ اللَّزُومِ ﴾ .

 ⁽٥ - ٥) سقط من: الأصل.

⁽٦) في الأصل ، ط : ﴿ سوى ﴾ .

الشرح الكبير ويَلْزَمُه ما يَلْزَمُ الزَّوْجَ ، في قِياس المَذْهَب . وقال القاضي : إذا ضَمِن نَفَقَةَ المُسْتَقْبَل ، لم يَلْزَمْه إِلَّا نَفَقَةُ المُعْسِر ؛ لأَنَّ الزِّيادَةَ على ذلك تَسْقُطُ بالإعْسار . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ ، على القول الذى قال فيه : يَصِحُّ ضَمانُها . ولنا ، أنه يَصِحُّ ضَمانُ (' ما لم يَجبْ ، [٧٠/٤] واحْتِمالَ عَدَمِ وُجُوبِ الزِّيادَةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ ضَمانِها ، بدَلِيلِ الجُعْلِ ف' الجَعالَةِ ، والصَّداقِ قبلَ الدُّخُولِ ، والمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الخِيارِ . فأمَّا النَّفَقةُ في الماضِي ،

الإنصاف بعِتْقِها ؛ لعدَم تعَلُّق الحُكْم بها ، وإنَّما المُخاطَبُ المُوصَى إليه . انتهى . وفي ذلك بعضُ مَسائلَ ، ما أَعْلَمُ صُورَتَها ؛ منها ، قوْلُه : وحقٌّ جائزٌ . قال في ﴿ القَاعِدَةِ النَّانِيَةِ والثَّمانِين » : منها ، الشَّاهِدَةُ ، والضَّامِنَةُ ، والكَفِيلَةُ ، لا يَتَعَلَّقُ بأَوْلادِهِنَّ شيءٌ . ذَكَرَه القاضي في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ ، وابنُ عَقِيلٍ . واخْتارَ القاضي في ﴿ خِلافِه ﴾ ، أنَّ وَلَدَ الضَّامِنَةِ يَتْبَعُها ، ويُباعُ معها ، كَوَلَدِ المَرْهُونَةِ . وضعَّفَه ابنُ عَقِيلٍ في « نظَرِيَّاتِه » . وقال في « القاعِدَةِ » المذْكُورَةِ (٢) : الأَمَةُ الجانِيَةُ لايتَعلَّقُ بأوْلادِها وأُكْسابِها شيءٌ . "وقال في ﴿ القاعِدَةِ ﴾ المَذْكُورَةِ : إذا وَلَدَتِ المَقْبُوضَةُ على وَجْهِ السُّوْمِ فِي يَدِ القابِضِ ، فقال القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ : حُكْمُه حُكْمُ أَصْلِه . قال ابنُ رَجَبٍ : ويُمْكِنُ أَنْ يُخَرَّجَ فيه وَجْهٌ آخَرُ ؛ أَنَّه ليس بمَضْمونٍ ، كُولَكِ العارِيَّةِ " . ويأتِي في آخِرِ بابِ العارِيَّةِ ، حُكْمُ وَلَدِ المُعارَةِ ، والمُؤْجَرَةِ ، ووَلَدِ الوَدِيعَةِ ، ويأْتِي حُكْمُ وَلَدِ المُدَبَّرَةِ والمُكاتَبَةِ في بابَيْهما .

فائدتان ؛ إحْداهما ، إذا طُولِبَ الضَّامِنُ بالدَّيْنِ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يكونَ ضَمِنَ

[.] ١ - ١) سقط من : م .

⁽٢) سقط من: الأصل، ط.

⁽٣-٣) سقط من: الأصل، ط.

المقنع

فإن كانت واجِبَةً بحُكْم ِ حاكِم ٍ ، أو قُلْنا بوُجُوبِها بدُونِ حُكْمِه ، صَحَّ الشرح الكبر ضَمانُها ، وإلَّا فلا . وفى صِحَّةِ ضَمانِ ('مالِ الكِتابَةِ') اخْتِلافٌ نذكُرُه'⁽⁾ فى بابه .

بإذْنِ المَصْمونِ عنه ، أوْ لا ، فإنْ كان صَمِنه بإذْنِه ، فله مُطالَبَتُه بَتَخْلَيصِه . على الإنصاف الصَّحيح مِنَ المذهبِ . قال في « الفُروع » : له ذلك في الأصحِّ . وجزَم به في « المُخيى » ، و « الرَّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « المُويِيْن » ، و « الشَّرْح به ، و « أَفَوْدَى . وإنْ لم و « أَلْفَاتِي » . (وقيل : ليس للصَّامِن مُطالَبَتُه بتَخْليصِه () حتى يُوِّدِى . وإنْ لم يُطالَبُ الضَّامِن ، لم يكُنْ له مُطالَبَتُه بتَخْليصِه مِنَ المَصْمونِ له . على الصَّحيح مِن المُنسَر به . وقيل : للذهب . قدَّمه في « الرَّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفاتق » ، الذهب . وأطلقهما في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفاتق » ، و « التَّلْخيص » . وإنْ كان صَمِنه بغير إذْنِه ، لم يكُنْ له مُطالَبَتُه بتَخليصِه قبل و « الخاوِيَيْن » ، و « الفاتق » ، وقدَّمه في « المُحرَّر » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفاتق » ، و « الفَروع » ، (و « الرِّعايتَيْن » ، و « الشَّرْح ب » و « الفاتق » ، وقدَّمه في « الفُروع » ، (و « المُغنِي ») و « الشَّرْح ب » و « الفائق » ، وقدَّمه في « الفُروع » ، (وقيل : له ذلك إذا و « السَّرْح ب » ، و « الشَّرْح ب » ، و « الشَّرْح ب » ، و « الفائق » ، وقيل المُعنِي » ، وقيل : له ذلك إذا و « الشَّرة به ، اللَّانية ، قال الشَّيخ تَقِيُّ الدِّين ؛ لو تَغيَّب مَصْمونٌ عنه – أَطْلَقَه في مَوْضِع ب ، وقيدَ ، قال الشَّين ، وأَنْهَ وقيدَ ، فَا وَقَيْم مَشِيًا بَسَبَ ذلك ، وأَنْهَ وقيدَه وقيدَ ، قلك ، وأَنْهَ وقيدَه وقيدَ ، قلك ، وأَنْهُ وقيدَه مَنْهُ اللَّانِه ، وأَنْهُ وقيدَه وقيدَ ، قلك ، وأَنْهُ وقيدَه مَنْهُ وقيدَ ، قلك ، وأَنْهُ وقيدَه وقيدَه وقيدَ ، قلك ، وأَنْهُ وقيدَه وقيدَ ، وقيدَ ، والكُور وقيدَة وقيدَة وقيدَه وقيدَة وقيدَة والكُور وقيدَة وق

⁽١ - ١) في م : ﴿ السلم ﴾ .

⁽٢) في الأصل: ﴿ ذكرناه ، .

⁽۳ - ۳) زیادة من : ۱ .

⁽٤) في الأصل ، ط : ﴿ بتحليفه ﴾ .

الله وَإِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَكَانَ الضَّمَانُ وَالْقَضَاءُ بغَيْرِ إِذْنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَهَلْ يَرْجِعُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ أَذِنَ فِي [١١٢ و] أَحَدِهِمَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِأَقَلُ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى ، أَوْ قَدْرِ الدَّيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٣٧ – مسألة : ﴿ وَإِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا ، لَم يَرْجِعْ بشيءٍ ﴾ لأنَّه تَطَوَّعَ بذلك ، أشْبَهَ الصَّدَقَةَ ، وسواءٌ ضَمِن بإذْنِه أو بغيرٍ

١٨٣٨ – مسألة : ﴿ وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَكَانَ الضَّمَانُ وَالْقَضَاءُ بغيرِ إِذْنِ المَصْمُونِ عنه ، فهل يَرْجعُ ؟ على رِوَايَتَيْن . وإن أَذِنَ) له (في أَحَدِهُما ، فله الرُّجُوعُ بأقَلِّ الأَمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى ، أو قَدْرِ الدَّيْنِ ﴾ وجملةَ ذلك ، أنَّ الضَّامِنَ متى أدَّى الدَّيْنَ بنِيَّةِ الرُّجُوعِ ، لم يَخْلُ مِن أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَن يَضْمَنَ بَإِذْنِ الْمَضْمُونِ عنه ويُؤَدِّي بأَمْرِه ، فإنَّه

الإنصاف في حَبْس ، رجَع به على المَضْمونِ عنه . واقْتَصرَ عليه في « الفُروع ِ » . قلتُ : وهو الصُّوابُ الذي لا يُعْدَلُ عنه . ويأتِي النُّنبِيهُ على ذلك في أوائل ِ بابِ الحَجْرِ أيضًا .

قوله : وإنْ قضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا ، لم يرْجِعْ بشَيءٍ . وإنْ نوَى الرُّجوعَ ، وكان الضَّمانُ والقَضاءُ بغيرٍ إذْنِ المَصْمونِ عنه ، فهل يرْجِعُ ؟ على رِوايتَيْن . وإنَّ أَذِنَ فِي أَحَدِهما ، فله الرُّجوعُ بأقَلِّ الأَمْرَينِ ممَّا قضَى ، أو قَدْرِ الدَّيْنِ . إذا قضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يقْضِيَه مُتَبَرِّعًا ، أَوْ لا ؛ فإنْ قَضاه مُتَبَرِّعًا ، لم يرْجِعْ ، بلا نِزاعٍ . قال في ﴿ الرِّعايَةِ ﴾ : هذه هِبَةٌ تَحْتاجُ قَبُولًا وقَبْضًا ورِضًى . والحَوالَةُ بما وجَب قَضاءً . وإنْ قَضاه غيرَ مُتَبَرِّع ، فلا يخْلُو ؟ إمَّا أَن ينْوِىَ الرُّجوعَ ،

يَرْجِعُ عليه ، سواءٌ قال : اضْمَنْ عَنِّى . أو : أَدِّ عَنِّى . أو أَطْلَقَ . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يُوسُفَ . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : إن قال : اضْمَنْ عَنِّى ، وانْقُدْ عَنِّى . رَجَعَ عليه . وإن قال : انْقُدْ هذا . لم يَرْجِعْ ، السَّمَنْ عَنِّى ، وانْقُدْ عَنِّى . رَجَعَ عليه . وإن قال : انْقُدْ هذا . لم يَرْجِعْ ، إلَّا أَن يَكُونَ مُخالِطًا له ، يَسْتَقْرِضُ منه ويُودِ عُ عندَه ؛ لأَنَّ قَوْلَه : اضْمَنْ عَنِّى ، وانْقُدْ عَنِّى . إقرارٌ منه بالحَقِّ . وإذا أَطْلَقَ ذلك (۱) ، صار كأنَّه قال : هَبْ لى هذا . أو تَطَوَّعُ عليه (۱) . وإذا كان مُخالِطًا له ، رَجَع اسْتِحْسانًا ؛ لأَنَّه قد يَأْمُرُ مُخالِطًة بالنَّقْدِ عنه . ولَنا ، أنَّه ضَمِن ودَفَع بأمْرُه ، فأشبَهَ ما لو كان مُخالِطًا له ، أو قال : اضْمَنْ عَنِّى . وما ذَكَراه ليس بصَحِيحٍ ؛ لأَنَّه إذا أَمَرَه بالضَّمانِ لا يَكُونُ إلَّا لِما هو عليه ، وأمْرُه بالنَّقْدِ بعدَ ذلك يَنْصَرِفُ إلى ما ضَمِنَه ، بدَلِيلِ المُخالِطِ (۱) له ، فيَجِبُ بالنَّقْدِ بعدَ ذلك يَنْصَرِفُ إلى ما ضَمِنَه ، بدَلِيلِ المُخالِطِ (۱) له ، فيَجِبُ

الإنصاف

أو يذْهَلَ عن ذلك ؛ فإنْ نوَى الرُّجوعَ ، ففيه أَرْبَعُ مَسَائِلَ ، شَمِلَها كلامُ المُصَنِّف ؛ إحْداها ، أَنْ يضْمَنَ بإِذْنِه ، ويقْضِى بإِذْنِه ، فيرْجِعَ ، بلا نِزاع (٣) . الثَّانيةُ ، أَنْ يضْمَنَ بإِذْنِه ، ويقْضِى بغيرِ إِذْنِه ، 'فيرْجِعَ أيضًا ، بلا نِزاع يلَّ الثَّاليَّةُ ، أَنْ ' ويضْمَنَ بغيرِ إِذْنِه ، ويقْضِى بإِذْنِه ' ، فيرْجِعَ . على الصَّحيح مِنَ المذهب ، وعشمَنَ بغيرِ إِذْنِه ، واحْتارَ في « الرَّعايَةِ الكُبْرَى » ، أنَّه لا يرْجِعُ . الرَّابعةُ ، أَنْ يضْمَنَ بغيرِ إِذْنِه ، ويقْضِى بغيرِ إِذْنِه . فهذه فيها الرِّوايَتان . وأطْلَقَهما في يضْمَنَ بغيرِ إِذْنِه ، ويقْضِيَ بغيرِ إِذْنِه . فهذه فيها الرِّوايَتان . وأطْلَقَهما في

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل ، ر ١ ، م : ﴿ المخالطة ﴾ .

⁽٣) في الأصل: و بلا إذنه ١.

⁽٤ - ٤) سقط من : الأصل ، ط .

⁽٥ - ٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير عليه أداءُ ما أدَّى عنه ، كما لو صَرَّحَ به . الثّانِي ، ضَمِن بأمْره ، وقَضَى بغير أمْره ، فله الرُّجُوعُ أيضًا . وبه قال مالكٌ ، والشافعيُّ في أَحَدِ الوُّجُوهِ عنه . والوَجْهُ الثَّانِي ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه دَفَع بغير أمْره ، أَشْبَهَ ما لو تَبَرَّعَ . الوَجْهُ الثَّالَثُ ، أنَّه إِن تَعَذَّرَ الرُّجُوعُ على المَضْمُونِ عنه ، فدَفَعَ ما عليه ، رَجَعَ ، وإِلَّا فلا ؛ لأَنَّه تَبَرَّ عَ بالدَّفْعِ . ولَنا ، أَنَّه إِذا أَذِنَ في الضَّمانِ ، تَضَمَّنَ ذلك إِذْنَه في الأَدَاء ؛ لأنَّ الضَّمانَ يُوجبُ عليه الأَداء ، فرَجَعَ عليه ، كما لو أَذِنَ فِي الأَداء صَريحًا . التَّالِثُ ، ضَمِن بغير أَمْرِه ، وقَضَى بأَمْرِه ، فله الرُّجُوعُ أيضًا . وظاهِرُ مَذْهَب الشافعيِّ أنَّه لا يَرْجعُ ؛ لأنَّ أمْرَه بالقَضاء انْصَرَفَ إلى ما وَجَب بضَمانِه . ولَنا ، أنَّه أدَّى دَيْنَه بأمْره ، فرَجَعَ [٤٠/٠/٤] عليه ، كما لو لم يَكُنْ ضامِنًا ، أو كما لو ضَمِن بأمْره . قَوْلُهم : إِنَّ إِذْنَه فِي القَضاء انْصَرَفَ إِلَى ما وَجَب بضَمانِه . قُلْنا : والواجِبُ بضَمانِه

الإنصاف « الهدايَةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الکافِی » ، و « التَّلْخیص » ، و « الشَّرْح ِ » ، و « شَرْح ِ ابن مُنَجَّی » ، و ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِيَيْنِ ﴾ ؛ إحْداهما ، يرْجِعُ . وهو المذهبُ ، بلا رَيْبٍ ، ونصَّ عليه . قال ابنُ رَجَب ، في « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والسَّبْعِين^(١) » : يرْجعُ على أصحِّ الرِّوايتَيْن . وهي المذهبُ عندَ الخِرَقِيِّ ، وأبي بَكْر ، والقاضي ، والأَكْتُرين . انتهى . قال الزَّرْكَشِيُّ : وهي اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ ، والقاضي ، وأبي الخَطَّابِ ، والشُّريفِ، وابن عَقِيلٍ، والشُّيرازِئِّ، وابنِ البُّنَّا، وغيرِهم. قال في « الفائقِ » : اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّين . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه

⁽١) فى الأصول : ﴿ والتسعين ﴾ . وانظر القواعد ١٤٣ .

إِنَّما هو أداءُ دَيْنِه ، وليس هو شَيْئًا آخَرَ ، فمتى أدَّاه عنه بإِذْنِه ، لَزمَه إعْطاقُه الشرح الكبير بَدَلَه . الرَّابِعُ ، ضَمِن بغيرِ أَمْرِه ، وقَضَى بغيرِ أَمْرِه ، ففيه رِوايتانِ ؛ إحْدَاهُما ، يَرْجِعُ . وهو قولُ مالِكِ ، وعُبَيْدِ اللهِ بن الحَسَنِ ، وإسحاقَ . والثَّانِيَةُ ، لا يَرْجِعُ بشيءٍ . وهو قولُ أبي حنيفةَ ، والشافعيِّ ، وابن المُنْذِرِ . بدَلِيل حَدِيثِ عَلِي وأبي قَتادَةً (١) ، فإنَّهما لو كانا يَسْتَحِقَّانِ الرُّجُوعَ على المَيِّتِ ، صار الدَّيْنُ لهما ، فكانت ذِمَّةُ المَيِّتِ مَشْغُولَةً بدَيْنِهما ، كَاشْتِغالِها بدَيْن المَضْمُونِ عنه(١) ، ولم يُصَلِّ عليه النبيُّ عَلِيْكُ ، ولأنَّه تَبَرَّعَ بذلك ، أشْبَهِ ما لو عَلَف دَوابَّه وأطْعَمَ عَبِيدَه بغيرِ أمْرِه . ووَجْهُ الأُولَى ، أَنَّه قَضاءً مُبْرِئُ مِن دَيْنِ واجِبٍ ، فكان مِن ضَمانِ مَن هو عليه ، كالحاكِم إذا قَضَى عنه عندَ امْتِناعِه . فأمَّا عَلِيٌّ وأبو قَتادَةً ، فإنَّهما تَبَرَّعا بالقَضاء والضَّمانِ ، فإنَّهما قَضَيا دَيْنَه قَصْدًا لتَبْرِثُة ذِمَّتِه ؟ ليُصَلِّيَ عليه رسولُ اللهِ عَلِيلِتُهُ مع عِلْمِهما أنَّه لم يَتْرُكْ وَفاءً ٣ ، والمُتَبَرِّعُ لا يَرْجِعُ بشيءٍ ، وإنَّما الخِلافُ في المُحْتَسِب بالرُّجُوعِ .

ف « التَّصحيح ِ » . وقدَّمه في « المُحَرَّر » ، و « النَّظْم » ، و « الفُروع ِ » ، الإنصاف وقال : نصَّ عليه ، واخْتارَه الأصحابُ . انتهى . قال في ﴿ الْقُواعِدِ ﴾ : واشْتَرَطَ القاضي أنْ ينْوِيَ الرُّجوعَ ، ويُشْهِدَ على نِيَّتِه عندَ الأَداءِ ، فلو نوَى التَّبرُّعَ ، أو أطْلَقَ النُّيَّةَ ، فلا رُجوعَ له . واشْترَطَ أيضًا أنْ يكونَ المَدْيونُ مُمْتَنِعًا مِنَ الأَداء . وهو

⁽١) تقدم تخريجهما في صفحة ٩.

⁽٢) في ق ، م : (له) .

⁽٣) في م : د وفاءه ١ .

فصل: ويَرْجِعُ الضّامِنُ على المَضْمُونِ عنه بأقلِّ الأَمْرَيْن ممّا قَضَى أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأَنَّه إن كان الأقَلُّ الدَّيْنَ ، فالزَّائِدُ لَم يَكُنْ واجِبًا عليه ('' ، فهو مُتَبَرِّعٌ به ، وإن كان المَقْضِيُّ أقَلَّ ، فإنَّما يَرْجِعُ بما غَرِم ، ولهذا لو أَبْرَأه غَرِيمُه لم يَرْجِعُ بشيءٍ . فإن دَفَع عِن الدَّيْنِ عَرْضًا ، رَجَع بأقلِّ الأَمْرَيْن مِن قِيمَتِه أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لِما ذَكَرْناً .

فصل : ولو كان على رَجُلَيْن مائة ، على كلِّ واحدٍ منهما نِصْفُها ، وكلَّ واحدٍ ضامِنٌ عن صاحِبِه ما عليه ، فضَمِن آخَرُ عن أَحدِهما المائة بأمْرِه وقضاها ، سَقَط الحَقُّ عن الجَميع ، وله الرُّجُوعُ بها على الذى ضَمِن عنه ، ولم يَكُنْ له أن يَرْجِعَ على الآخَرِ بشيء ، في إحْدَى الرِّوايَتَيْن ؛ لأَنَّه لم يَضْمَنْ عنه ، ولا أذِنَ له في القَضاء ، فإذا رَجَع على الذى ضَمِن ، رَجَع على الآخَرِ بنصْفِها ، إن كان ضَمِن عنه بإذْنِه ؛ لأَنَّه ضَمِنَها عنه بإذْنِه ، وقضاها ضامِنُه . والرِّوايَةُ التَّانِيَةُ ، له الرُّجُوعُ على الآخَرِ بالمائة ؛ لأَنَّها وَجَبَتْ له على مَن أدّاها عنه ، فملك الرُّجُوعُ على الآخَرِ بالمائة ؛ لأَنَّها في الشَّمِن عن رجل بأمْره ، فطُولِبَ الضّامِنُ ، فله مُطالَبة في في المَا في مَن أدّاها عنه ، فملك الرُّجُوعُ بها الضّامِنُ ، فله مُطالَبة في في المَا في من أدّاها عنه ، في مَل أمْره ، فطُولِبَ الضّامِنُ ، فله مُطالَبة في في مَن أدّاها عنه ، والرِّول بأمْره ، فطُولِبَ الضّامِنُ ، فله مُطالَبة في في مَن أدّاها عنه ، في مَل إنْ مَنْ أَدّاها عنه ، في مَل أَدْ إلْ بَا مُنْ هُ مَنْ أَدُاها عنه ، في أَدْ إلْ بَا مُنْ هُ السَّامِنُ ، في في مَن أدّاها عنه ، في أَدْ إلْ بَا مُنْ هُ اللَّهُ إلَّهُ السَّامِنُ ، في أَدْ أَنْ الرَّبُونِ عَ بها أَدْ عَلَيْ المُنْ المُنْ المُنْ المُنْ المُنْ المُنْ المُنْ المُنْ السَّامِنُ ، في أَدْ المَنْ عن رجل بأَنْه مُ اللَّهُ المُنْ الْهُ اللَّهُ المُنْ المِنْ عن رجل بأَنْ المُنْ المِنْ

الإنصاف

يرْجِعُ إِلَى أَنْ لَا رُجُوعَ إِلَّا عَندَ تَعَذَّرِ إِذْنِه . وخالَفَ فى ذلك صاحِبُ « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » . وهو ظاهِرُ إطْلاقِ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، والأَكْثَرِين . انتهى . والرِّوايَةُ الثَّانِيةُ ، لا يرْجِعُ . اخْتارَه أبو محمدٍ الجَوْزِئُ . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وقال

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣ - ٣) في م: (كالأصل ١ .

المَضْمُونِ عنه بتَخْلِيصِه ؛ لأنَّه لَزِمَه الأداءُ عنه بأمْره ، فكانت له المُطالَبَةُ الشرح الكبير بتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه . وإن لم يُطالَب الضَّامِنُ ، لم يَمْلِكْ مُطالَبَةَ المَضْمُونِ عنه ؟ لأَنَّه لمَّا لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ بالدَّيْنِ قبلَ غَرامَتِه ، لم تَكُنْ له المُطالَبَةُ قبلَ طَلَبه منه . وفيه وَجْهُ آخَرُ ، أنَّ له المُطالَبة ؛ لأنَّه شَغَل ذِمَّته بإذْنِه ، فكانت له المُطالَبَةُ و ٧١/٤] بتَفْرِيغِها ، كما لو اسْتَعارَ عَبْدًا فرَهَنه (١) ، كان لسَيِّدِه مُطالَبَتُه بفَكاكِه وتَفْرِيغِه مِن الرَّهْن . والأَوَّلُ أَوْلَى . ويُفارقُ الضَّمانُ العارِيَّةَ ؛ لأنَّ السَّيِّدَيَتَضَرَّرُ بتَعْوِيقِ مَنافِع ِ عَبْدِهِ المُسْتَعارِ ، فمَلَكَ المُطالَبَةَ بمَا يُزِيلُ الضَّرَرَ عنه ، والضَّامِنُ لا يَبْطُلُ بالضَّمانِ شيءٌ مِن مَنافِعِه . فأمَّا إِن ضَمِن عنه بغير أَمْرِه (١) ، لم يَمْلِكْ مُطالَبَةَ المَضْمُونِ عنه قبلَ الأَداء بحالٍ ؛ لأنَّه لا حَقَّ له يُطالِبُ به ، ولا شَغَل ذِمَّتُه بأُمْرِه ، فأشْبَهَ الأَجْنَبِيُّ . وقيل : إنَّ هذا يَنْبَنِي على الرِّوايَتَيْن في رجُوعِه على المَضْمُونِ عنه بما أدَّى عنه ، فإن قُلْنا : لا يَرْجِعُ . فلا مُطالَبَةَ له بحالٍ . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ . فحُكُّمُه حُكْمُ مَن ضَمِن عنه بأمْره ، على ما مَضَى تَفْصِيلُه .

ابنُ عَقِيل : يظْهَرُ فيها ، كذَّبْح أَضْحِيَة غيره بلا إذْنِه ، في مَنْع ِ الضَّمانِ الإنصاف والرُّجوعِ ؛ لأنَّ القَضاءَ هنا إبْراءً ، كتَحْصِيلِ الإجْزاءِ بالذَّبْحِ . انتهى . وإنْ قَضاه ، و لم ينْوِ الرُّجوعَ [١٢٣/٢ ع و لا التَّبَرُّ عَ ، بل ذَهَل عن قَصْدِ الرُّجوعِ ـ وعَدَمِه ، فالمذهبُ ، أَنَّه لا يرْجعُ . اخْتَارَه القاضي ، كما تقدُّم . وقدُّمه في « الفَروعِ » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به في « القَواعِدِ » ؛ فإنَّه جعَل النُّيَّةَ في قَضاء الدَّيْنِ

⁽١) بعده في ر: (قيمته) .

⁽٢) في م : ﴿ إِذْنَه) .

فصل: فإن ضَمِن الضّامِنَ ضامِنٌ (١) آخَرُ ، فقَضَى أَحَدُهما الدَّيْنَ ، بَرِئَ الجَمِيعُ ، فإن قضاه المَضْمُونُ عنه ، لم يَرْجِعْ على أَحَدٍ . وإن قضاه الصّامِنُ الأوَّلُ ، رَجَع على المَضْمُونِ عنه دُونَ الصّامِن الثّانِي . وإن قضاه الثّانِي ، رَجَع على الأوَّلِ ، ثم رَجَع الأوَّلُ على المَضْمُونِ عنه ، إذا كان كلُّ الثّانِي ، رَجَع على الأوَّلُ على المَضْمُونَ عنه ، إذا كان كلُّ واحدٍ منهما قد أذِنَ لصاحِبِه ، فإن لم يَكُنْ أذِنَ له ، ففي الرُّجُوع روايتان . وإن أذِنَ المَضْمُونُ عنه ، أو أذِنَ المَصْمُونُ عنه لصامِنِه ، ولم يَأْذَنِ الصّامِنِه ، رَجَع المَأْذُونُ له على مَن أذِنَ له ، لصّامِنِه ، ولم يَأْذَنِ الضّامِنُ لصّامِنِه ، رَجَع المَأْذُونُ له على مَن أذِنَ له ، ولم يَرْجِع إِنَّ الآخَوُ ، على إحدى الرِّوايَتَيْنِ . فإن أذِنَ المَصْمُونُ عنه للصّامِنِ الثّانِي في الضّمان ، ولم يَأْذَنُ له الصّامِنُ الأَوَّلُ ، رَجَع على الصّامِنِ ؛ لأنّه إنَّما يَرْجِعُ على مَن أذِنَ له أَمضْمُونِ عنه ، ولم يَرْجِعْ على الضّامِن ؛ لأنّه إنَّما يَرْجِعُ على مَن أذِنَ له دُونَ غيرِه .

فصل : إذا كان له ألف على رَجُلَين إعلى كلِّ واحد منهما نِصْفُه ، وكلُّ واحد منهما فضله من الألف ، وكلُّ واحد منهما ضامِنٌ عن صاحِبه ، فأبْراً الغريم أحدهما مِن الألف ، بَرِئَ منه ، وبَرِئَ صاحِبه مِن ضَمانِه ، وبَقِي عليه خَمسُمِائة . وإن قضاه أحدُهما خَمْسَمائة ، أو أبْراً ه الغريم منها ، وعَيَّنَ القضاء بَلَفْظِه أو ببَيَّنة عن الأصل أو الضَّمان ، انْصَرَف إليه . وإن أطلق ، احْتَمَلَ أنَّ له صَرْفَها إلى الأصل أو الضَّمان ، انْصَرَف إليه . وإن أطلق ، احْتَمَلَ أنَّ له صَرْفَها إلى

الإنصاف

أَصْلًا لأَحَدِ الوَجْهَين ، فيما إذا اشْتَرَى أَسِيرًا حُرًّا مُسْلِمًا . وقيل : يرْجِعُ . وهو ظاهِرُ الخِرَقِيِّ . وجزَم به في « الوَجيزِ » .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) بعده في م : (على) .

ما شاء منهما(') ، كمَن أُخْرَجَ زَكَاةً نِصابِ وله نِصابان ؛ غَائِبٌ الشرح الكبير وحاضِرٌ ، كان له صَرْفُها إلى ما شاء منهما . واحْتَمَلَ أن يَكُونَ نِصْفُها عن الأصل ، ونِصْفُها عن الضَّمانِ ؛ لأنَّ إطْلاقَ القَضاء والإبراء يَنْصَرفُ إلى جُمْلَةِ مَا فِي ذِمَّتِه ، فَيَكُونُ بِينَهِمَا . والمُعْتَبَرُ فِي القَضَاءَلَفْظُ القَاضِي ونِيَّتُه ، وفى الإِبْرَاءِ لَفْظُ المُبْرِئُ ونِيُّتُه ، ومتى اخْتَلَفُوا فى ذلك ، فالقَوْلُ قولُ مَن اعْتُبرَ لَفْظُه ونيُّتُه .

> فصل: ولو ادُّعي [٧١/٤] أَلْفًا على حاضِر وغائِب ، وأنَّ كلُّ واحدٍ منهما ضامِنٌ عن صاحِبه ، فاعْتَرفَ الحاضِرُ بذلك ، فله أَخْذُ الأَلْفِ منه ، فَإِن قَدِمِ الغَائِبُ فَاعْتَرَفَ ، رَجَعَ عَلَيهِ صَاحِبُه بِنِصْفِهِ ، وإِن أَنْكَرَ ، فَالقُولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، وإن كان الحاضِرُ أَنْكَرَ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، فإن قامَتْ عليه بَيُّنةٌ فاسْتَوْفَى الألْفَ منه ، لم يَرْجِعْ على الغائِبِ بشيءٍ ؟ لأنَّه بإنْكارِه مُعْتَرِفٌ أَنَّه لا حَقَّ له عليه ، وإنَّما المُدَّعِي ظَلَمَه . وإنِ اعْتَرَفَ الغائِبُ وعاد الحاضِرُ عن إنْكارِه ، فله الاسْتِيفاءُ منه ؛ لأنَّه يَدَّعِي عليه حَقًّا يَعْتَر فُ له به ، فجازَ له أُخْذُه . وإن لم يَقُمْ على الحاضِر بَيِّنَةٌ ، حَلَف وبَرئَ ، فإذا قَدِمِ الغَائِبُ ، فَإِنَ أَنْكَرَ وَحَلَفَ ، بَرِئَ ، فَإِنِ اعْتَرَفَ ، لَزَمَه دَفْعُ الأَلْفِ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ : لا يَلْزَمُه إِلَّا خَمْسُ المائةِ الْأَصْلِيَّةُ دُونَ

فائدة : وكذا الحُكْمُ في كلِّ مَن أدَّى عن غيرِه دَيْنًا واجِبًا بإِذْنِه ، وبغيرِ إِذْنِه ، الإنصاف على ما تقدُّم مِنَ التَّفْصيل في ذلك والخِلافِ.

⁽١) بعده في الأصل: ﴿ واحتمل أن يكون نصفها ﴾ .

للنه وَإِنْ أَنْكُرَ الْمَضْمُونُ لَهُ الْقَضَاءَ ، وَحَلَفَ ، لَمْ يَرْجع ِ الضَّامِنُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، سَوَاءٌ صَدَّقَهُ ، أَوْ كَذَّبَهُ .

الشرح الكبر المَضْمُونَة ؟ لأنَّها سَقَطَتْ عن المَضْمُونِ عنه بيَمِينِه ، فتَسْقُطُ عن ضامِنِه . ولَنا ، أنَّه مُقِرٌّ بها وغريمُه يَدَّعِيها ، واليَمِينُ إِنَّما أَسْقَطَتِ المُطالَبَةَ عنه في الظَّاهِرِ ، و لم تُسْقِطْ عنه الحَقُّ الذي في ذِمَّتِه ، بدَلِيلِ أَنَّه لو قامَتْ عليه بَيُّنَةٌ بعدَ يَمِينِه ، لَزِمَه ، ولَزِم الضَّامِنَ .

١٨٣٩ - مسألة : (وإن أَنْكَرَ المَضْمُونُ له القَضاءَ ، وحَلَف ، لم يَرْجِع ِ الضَّامِنُ على المَضْمُونِ عنه ، سواءٌ صَدَّقَه أُو كَذَّبَه) إذا ادَّعَى الصَّامِنُ أَنَّه قَضَى الدَّيْنَ ، فأنْكَرَ المَصْمُونُ له ، ولا بَيُّنَةَ له ، فالقولُ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّه ادَّعَى تَسْلِيمَ المال إلى مَن لم يَأْمَنْه ، فكان القولُ قولَ المُنْكِرِ ، وله مُطالَبَةُ الضّامِنِ والأصِيلِ . فإن رَجَع على المَضْمُونِ عنه ،

الإنصاف

قوله : وإِنْ أَنْكُرَ المضمونُ له القَضاءَ ، وحلَف ، لم يرْجِع ِ الضَّامِنُ على المَضْمونِ عنه ، سَواةً صَدَّقَه ، أو كَذَّبه . إذا ادَّعَى الضَّامِنُ القَضاءَ ، وأَنْكَرَ المَضْمونُ له ، فلا يخْلُو ؟ إِمَّا(١) أَنْ يُصَدِّقَه المَصْمونُ عنه ، أو يُكَذِّبَه ، فإنْ كذَّبَه ، لم يرْجعْ عليه إِلَّا بَبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ له بالقَضاء ، فإنْ لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فللمَضْمونِ له'`` الرُّجوعُ على الأُصِيل والضَّامِن ، فإنْ أَخَذ مِنَ الضَّامِن ثانِيًا ، فهل يرْجِعُ الضَّامِنُ بالأُوَّلِ للبَراءَةِ به باطِنًا ، أو بالثَّانِي ؟ فيه احْتِمالان مُطْلَقان ("في ﴿ الفُروعِ ﴿ "" ؛ أَحَدُهُما ، يرْجعُ

⁽١) سقط من : الأصل ، ط .

⁽٢) سقط من : الأصول ، وانظر : المغنى ٩٤/٧ .

⁽٣ - ٣) زيادة من : ١ .

فهل يَرْجعُ الضَّامِنُ بما قَضاه عنه ؟ يُنْظَرُ ؛ فإن لم يَعْتَر فْ له بالقَضاء ، لمَ الشرح الكبير يَرْجعْ عليه ، وإنِ اعْتَرَفَ له بالقَضاء ، وكان قد قَضَى بغير بَيُّنَةٍ في غَيْبَةٍ المَضْمُونِ عنه ، لم يَرْجعْ بشيءِ ، سواءٌ صَدَّقَه المَضْمُونُ عنه أو كَذَّبه ؟ لأَنَّهُ أَذِنَ فِي قَضاءِ مُبْرِئٌ ولم يُوجَدْ ، وإن قَضاه بَبَيِّنَةٍ ثَبَت بها الحَقُّ ، لكنْ إِن كَانِت غَائِبَةً أَو مَيْتَةً ، فللضَّامِنِ الرُّجُوعُ على المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ أَنَّهُ مَا قَصَّرَ وِمَا فَرَّطَ . وإِن قَضاه بَبَيِّنَةٍ مَرْدُودَةٍ بِأُمْرِ ظاهِرٍ ، كالكُفْرِ والفِسْقِ الظَّاهِرِ ، لم يَرْجِع ِ الضَّامِنُ ؛ لتَفْرِيطِه ؛ لأنَّ هذه البَيِّنَةَ كَعَدَمِها . وإن رُدَّتْ بأمْرٍ خَفِيٌّ ، كالفِسْقِ الباطِنِ ، أو كانتِ الشُّهادَةُ مُخْتَلَفًا فيها ، مثلَ أن يكونَ(١) أَشْهَدَ عَبْدَيْن ، أو شاهِدًا واحِدًا ، فرُدَّتْ لذلك ، أو كَانَ مَيْتًا أَوْ غَائِبًا ، احْتَمَلَ أَنْ يَرْجَعَ ؛ لأَنَّه قَضَى بَبَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، والجَرْحُ والتَّعْدِيلُ ليس له . واحْتَمَلَ أن لا يَرْجعَ ؛ لأنَّه أَشْهَدَ مَن لا يَثْبُتُ الحَقُّ بشَهادَتِه . وإن قَضَى بغير بَيُّنةٍ بحَضْرَةِ المَضْمُونِ عنه ، ففيه وَجْهانِ ؟

بما قَضاه ثانِيًا . قدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالا : هو أَرْجَحُ . وقدَّمه الإنصاف ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِه » . والثَّانِي ، يرْجعُ بما قَضاه أوَّلًا . وهما طَريقَةٌ مُوجَزَةٌ في « الرِّعايَةِ » . والثَّانِي ، قدَّمه فيها ، أنَّه يرْجعُ عليه مَرَّةً واحدَةً بقَدْرَ الدَّيْن . ولا مُنافاةَ بينَ الطُّرِيقَتَيْن . وإنْ صدَّقَه ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ قَضاه بإشْهادٍ أو غيره ؛ فَإِنْ قَضَاه بَاشْهَادٍ صَحِيحٍ ، رَجَع عَلَيْه ، وَلُو كَانْتِ البِّيُّنَّةُ عَائِبَةً أُو مَيَّتَةً . وتقدّم نَظِيرُه في الرَّهْنِ ، ويأتِي في الوَكالَةِ . لكِنْ لو رُدَّتِ الشُّهادَةُ بأَمْرِ خَفِيٌّ ، كالفِسْقِ باطِنًا ، أو كانتِ الشُّهادَةُ مُخْتَلَفًا فيها ؛ كشَهادَةِ العَبِيدِ ، أو شاهدٍ واحدٍ ، أو كان

⁽١) سقط من: ر ١، ق، م.

أحدُهما ، يَرْجعُ . وهو مَذْهَبُ الشافعيُّ ؛ لأنَّه إذا كان حاضِرًا ، كان الاحْتِياطُ [٧٢/٤] إليه ، فإذا تَرَك التَّحَفُّظَ كان التَّفْرِيطُ منه دُونَ الضَّامِن . والثَّانِي ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه قَضَى قَضاءً غيرَ مُبْرِئُ ، فأشْبَهَ ما لو قَضَى في غَيْبَتِه .

فصل : فإن رَجَع المَضْمُونُ له على الضّامِن ، فاسْتَوْفَى منه مَرَّةً ثانِيَةً ، رَجَع على المَضْمُونِ عنه بما قَضاه ثانِيًا ؛ لأنَّه أَبْرَأُ به ذِمَّتُه ظاهِرًا . قال القاضى : ويَحْتَمِلُ أَنَّ له الرُّجُوعَ بالقَضاء الأُوَّلِ دُونَ الثَّانِي ؛ لأَنَّ البَراءَةَ حَصَلَتْ به في الباطِن . ولأصحاب الشافعيِّ وَجْهان كهذَّيْن ، ووَجْهُ ثَالِثٌ ، أَنَّه لا يَرْجِعُ بشيءِ بحالٍ ؛ لأنَّ الأَوَّلَ مَا أَبْرَأُه ظَاهِرًا ، والثَّانِيَ مَا أَبْرَأُه باطِنًا . ولَنا ، أنَّ الضَّامِنَ أدَّى عن المَضْمونِ عنه بإذْنِه إذا أَبْرَأُه ظاهِرًا وباطِنًا فرَجَعَ به ، كما لو قامَتْ به بَيُّنةً . والوَجْهُ الأَوَّلُ أَرْجَحُ ؛ لأَنَّ القَضاءَ المُبْرِئَ في الباطِنِ ما أَوْجَبَ الرُّجُوعَ ، فيَجِبُ أَن يَجِبَ بالثانِي (١) المُبْرئ (أفي الظَّاهِر).

الإنصاف مَيَّتًا أو غائبًا ، فهل يرْجعُ ؟ فيه احْتِمالان مُطْلَقان في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ﴾ ، و ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . قطَع في ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاويَيْنِ ﴾ ، أنَّه لا يكْفِي شاهِدٌ واحِدٌ . وقال في ﴿ الكُبْرَى ﴾ : قلتُ : بلِّي ، ويحْلِفُ معه . فلوِ ادُّعَى الإِشْهادَ ، وأنْكَرَه المَضْمونُ عنه ، فهل يُقْبَلُ قَوْلُه ؟ فيه وَجْهان ، أَطْلَقهما في ﴿ الفُروعِ ، ، و ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ . وإنْ قَضاه بغيرِ إشْهادٍ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يكونَ القَضاءُ

⁽١) في م: (بالباق) .

⁽٢ - ٢) في م : ﴿ بِالظَّاهِرِ ﴾ .

 ١٨٤ - مسألة : ﴿ وَإِنَّاعْتَرَفَ ﴾ المَضْمُونُ له ﴿ بِالقَضَاءِ ، وأَنْكَرَ الشرح الكبير المَضْمُونُ عنه ، لم يُسْمَعْ إِنْكَارُه) لأنَّ ما في ذِمَّتِه حَقٌّ للمَضْمُونِ له ، فإذا اعْتَرفَ بالقَبْضِ مِن الضّامِن ، فقد اعْتَرَفَ بأنَّ الحَقَّ الذي له صار للضّامِن ، فيَجِبُ أَن يُقْبَلَ إِقْرارُه ؛ لكَوْنِه إِقْرارًا في حَقِّ نَفْسِه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّه لا يُقْبَلُ ؛ لأَنَّ الضَّامِنَ مُدَّع ٍ لِما يَسْتَحِقُّ به الرُّجُوعَ على المَصْمُونِ عِنه ، وقولُ المَصْمُونِ له شَهادَةً على فِعْلِ نَفْسِه ، فلا تَقْبَلَ .

بحَضْرَةِ المَضْمونِ عنه ، أو في غَيْبَتِه ، فإنْ كان بحَضْرَتِه ، رجَع . على الصَّحيح ِ الإنصاف مِنَ المذهب . صحَّحه في « الفُروع ِ » ، و « الفائق ِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . وجزَم به في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ وغيرِه . وقدَّمه في ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ شَرْح ابنِ رَزِينِ ۗ ﴾ ، وغيرِهما . وقيل : ليس له الرُّجوعُ . وأَطْلَقَهما في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وإنْ كان القَضاءُ في غَيْبَةِ المَصْمونِ عنه (١) ، لم يرْجِعْ عليه ، قوْلًا واجِدًا .

> قوله : وإنِ اعْتَرَفَ بالقَضاءِ - أي المَضْمونُ له - وأَنْكَرَ المَضْمونُ عنه ، لم يُسْمَعْ إِنْكَارُه . ويرْجِعُ عليه . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحاب. وجزَم به في « الوَجيز » وغيره. وقدَّمه في « الهِدايَةِ » ، و ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ، و ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و « الشُّرْح ِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و غيرِهم . قال في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ : رجَع ، على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . قال الشَّارِحُ : هذا أصحُّ . قال في ﴿ الفَروعِ ﴾ : رجَع في الأصحِّ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا يرْجِعُ . وهو

⁽١) زيادة من : ١ .

والأُوَّلُ أَصَحُّ ، وشَهادَةُ الإِنسانِ على فِعْلِ نَفْسِه صَحِيحةٌ ، كشَهادَةِ المُرْضِعَةِ بالرَّضاعِ ، وقد ثَبَت ذلك بخَبَرِ عُقْبةَ بنِ الحارِثِ(') .

الإنصاف احْتِمالٌ لأبِي الخَطَّابِ في ﴿ الهِدايَةِ ﴾ . وأَطْلَقَهما في ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ .

فائدتان ؛ الأولى ، لو قال المَضْمُونُ له : بَرِئْتَ إِلَىَّ مِنَ الدَّيْنِ . فهو مُقِرَّ بقَبْضِه . ولو قال : بَرِئْتَ . و لم يقُلْ : إِلَىَّ . لم يكُنْ مُقِرًّا بالقَبْضِ . على الصَّحيحِ مِنَ المُذهبِ . قدَّمه في « الفُروعِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغنِي » ، و « السَّرْحِ » ، و صحَّحه . وقيل : يكونُ مُقِرَّا به . واختارَه القاضى ، قالَه فى « الشَّرْحِ » ، قال فى « المُنوِّرِ » : وإنْ قال رَبُّ الحقِّ للضَّامِنِ (٢٠ : بَرِئْتَ إِلىَّ مِنَ الدَّيْنِ . فهو مُقِرَّ بقَبْضِه . وأَطْلَقَهما فى « التَلْخيضِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرَّعايَتِيْن » ، و « الحاوييْن » ، و « الفائق » . ولو قال : أَبْرَأْتُك . لم يكُنْ مُقِرَّ ابالقَبْضِ ، قُولًا واحدًا . الثَّانيةُ ، لو قال : وهَبْتُك الحَقَّ . فهو تَمْلِيكَ ، فيرْجِعُ على المَضْمونِ عنه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : هو إبْراةً ، فلا رُجوعَ . على الصَّحيح مِنَ المذهبِ . وقيل : هو إبْراةً ، فلا رُجوعَ . على المَضْمونِ عنه . على الصَّحيح مِنَ المذهبِ . وقيل : هو إبْراةً ، فلا رُجوعَ .

⁽۱) وذلك ما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت امرأة ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت : أرضعتكما ، فأتيت النبي عَلَيْكُ ، فقلت : إنى قد أرضعتكما . فأتيت النبي عَلَيْكُ ، فقلت : إنى قد أرضعتكما . وهى كاذبة . فأعرض عنه ، فأتيته من قبل وجهه فقلت: إنها كاذبة . قال : « كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك » .

أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفى : باب شهادة المرضعة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١٣/٧ ، ١٣/٧ ، والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٩٣/٥ . والنسائى ، فى : باب الشهادة فى الرضاع ، من كتاب النكاح . كتاب النكاح . المجتبى ١٩٠/٦ . والدارمى ، فى : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح . سن الدارمى ١٩٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٧ ، ٨ ، ٣٨٤ .

⁽٢) في الأصل ، ط: ﴿ الضامن ﴾ .

وَإِنْ قَضَى الْمُؤَجَّلَ قَبْلَ أَجَلِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَجِلَّ . وَإِنْ مَاتَ اللَّهُ الْمُضْمُونُ عَنْهُ أَوِ الضَّامِنُ ، فَهَلْ يَجِلُّ الدَّيْنُ عَلَيْهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْن ِ ، وَأَيَّهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجِلَّ عَلَى الْآخرِ .

الشرح الكبير

المُعْرَبِ المُعْرَبِ اللهِ اللهِ اللهُ عَلَى المُوَّجَّلَ قَبَلَ أَجَلِه ، لم يَرْجِعْ حتى يَحِلَّ) لأَنَّه لا يَجِبُ له أَكْثَرُ ممّا كان للغَرِيمِ ، ولأَنَّه (أ) تَبَرَّعَ باللَّقَلِّ مِمّا بالتَّعْجِيلِ ، وإن أحالَه كانتِ الحَوالَةُ بمَنْزِلَةِ تَقْبِيضِه ، ورَجَع بالأقلِّ مِمّا أَحالَ به أُو قَدْرِ الدَّيْنِ ، سواءٌ قَبَض الغَرِيمُ مِن المُحالِ عليه ، أو أَبْرَأُه ، أحالَ به أو قَدْرِ الدَّيْنِ ، سواءٌ قَبَض الغَرِيمُ مِن المُحالِ عليه ، أو أَبْرَأُه ، أو تَعَذَّرَ عليه الاسْتِيفاءُ ، لفَلَس أو مَطْل ؛ لأنَّ الحَوالَةَ كالإِقْباضِ .

الدَّيْنُ ؟ على رِوايَتَيْن . وأَيُّهما حَلَّ عليه ، لم يَحِلَّ على الآخرِ) وجُمْلَةُ الدَّيْنُ ؟ على رِوايَتَيْن . وأَيُّهما حَلَّ عليه ، لم يَحِلَّ على الآخرِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّه إذا ضَمِن دَيْنًا مُوَّجُلًا ، فماتَ أَحَدُهما ؛ إمّا الضّامِنُ أو المَصْمُونُ على ، فهل يَحِلُّ الدَّيْنُ على المَيِّتِ منهما ؟ على رِوَايَتَيْن ِ يَأْتِي ذِكْرُهما .

الإنصاف

قوله: وإنْ ماتَ المَضْمونُ عنه ، أو الضَّامِنُ ، فهل يحِلَّ الدَّينُ ؟ على روايتَيْن . وأَطْلَقَهما في « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ إِحْداهما ، لا يحِلُّ . وهو المُذهبُ . ، جزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحَوييْن » . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . والثَّانيةُ ، يحِلُّ . وقال ابنُ أبي مُوسى : إذا ماتَ المَضْمونُ عنه قبلَ مَحِلُّ الدَّيْنِ مُفْلِسًا به ، لم يكُنْ للمَصْمونِ له مُطالَبَةُ الضَّامِنِ قبلَ مَحِلُّه . وإنْ خلَّف وَفاءً بالحَقِّ ، فهل يحِلُّ بمَوْتِه ؟ على روايتَيْن ؛ إحْداهما ، يحِلُّ . والأَحْرَى ، لا يحِلُّ [١٢٤/٢ و] فهل يحِلُّ بمَوْتِه ؟ على روايتَيْن ؛ إحْداهما ، يحِلُّ . والأَحْرَى ، لا يحِلُّ [١٢٤/٢ و]

⁽١) في الأصل: ﴿ لا ، .

فإن قُلْنا : يَجِلُّ على المَيِّتِ . لَم يَجِلُّ على الآخَرِ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لا يَجِلُّ على شَخْصِ بِمَوْتِ غيرِه . فإن كان المَيِّتُ المَضْمُونَ عنه ، لَم يَسْتَجِقَّ مُطالَبة الضّامِن قبلَ الأَجَلِ كان مُتَبَرِّعًا بتَعْجِيلِ القَضاءِ ، الضّامِن قبلَ الأَجَلِ ، فإن قضاه قبلَ الأَجَلِ كان مُتَبَرِّعًا بتَعْجِيلِ القَضاءِ ، وهل له [٤/٢٧٤] مُطالَبة المَضْمُونِ عنه قبلَ الأَجَلِ ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوايَتَيْنِ في مَن قَضَى الدَّيْنَ بغيرِ إِذْنِ مَن هو عليه . وإن كان المَيِّتُ الضّامِنَ ، فاسْتَوْفَى العَرِيمُ مِن تَرِكَتِه ، لم يَكُنْ لوَرَثِتِه مُطالَبة المَضْمُونِ عنه حتى يَجِلَّ الحَقُّ ؛ لأَنَّه مُوَجَّلُ عليه ، فلا يَسْتَجِقُّ مُطالَبة قبل أَجَلِه . عنه حتى يَجِلَّ الحَقُّ ؛ لأَنَّه مُوَجَّلُ عليه ، فلا يَسْتَجِقُّ مُطالَبة قبل أَجَلِه . وهذا مَذْهَبُ الشافعيّ . وحَكَى زُفَرُ أَنَّ لَم مُطالَبته ؛ لأَنَّه أَدْخَلَه في ذلك مع عِلْمِه أَنَّه يَحِلُّ بمَوْتِه . ولَنا ، أَنَّه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فلا يَجُوزُ مُطالَبته به مع عِلْمِه أَنَّه يَحِلُ بمَوْتِه . ولَنا ، أَنَّه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فلا يَجُوزُ مُطالَبته به في المُؤجِّلِ ، كا لو لم يَمُت . وقَوْلُه (١) : أَدْخَلَه فيه . قُلْنا : إنّما أَدْخَلَه في المُؤجَّلِ ، وحُلُولُه بسَبِ مِن جِهَتِه ، فهو كا لو قضَى قبلَ الأَجَلِ ، وحُلُولُه بسَبِ مِن جِهَتِه ، فهو كا لو قضَى قبلَ الأَجَلِ .

الإنصاف إذا وَثُقَ الوَرَثَةُ .

تنبيه: ذكر المُصَنِّفُ هنا الرِّوايَتَيْن ('فيما إذا ماتَ أَحدُهما ، وهي طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وابنِ مُنَجَّى . وقيل : محلُّ الرِّوايَتَيْن '' فيما إذا ماتا معًا . وهي طَرِيقَةُ صاحِبِ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الحُلاصَةِ » ، و « الحُلاصَةِ » ، و « الحُلويَيْن » ، و « الرِّعايَةِ الصَّغْرَى » . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِبِ » . فجزَمُوا بعَدَم الحُلولِ إذا ماتَ أحدُهما ، وأطْلَقُوا الرِّوايتَيْن فيما إذا ماتا معًا . وقال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ ماتا معًا ، وقيل : أو المَدْيونُ وحدَه ، حَلَّ . فجزَم « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ ماتا معًا ، وقيل : أو المَدْيونُ وحدَه ، حَلَّ . فجزَم

⁽١) في م : (قولهم) .

⁽٢ - ٢) سقط من : الأصل .

وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُوَجَّلًا . وَإِنْ ضَمِنَ الْمُوَجَّلَ حَالًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ المنع قَبْلَ أَجَلِهِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْن .

المُكَا - مسألة : ﴿ وَيَصِحُ ضَمانُ الحالِّ مُؤَّجَّلًا . وإن ضَمِن الشرح الكبير المُوِّجُّلَ حالًا ، لم يَلْزَمْه قبلَ أَجَلِه ، في أَصَحِّ الوَجْهَيْن) إذا ضَمِن الدَّيْنَ الحالُّ مُؤَّجَّلًا ، صَحَّ ، ويَكُونُ حالًّا على المَضْمُونِ عنه مُؤَّجَّلًا على الضَّامِن ، يَمْلِكُ مُطالَبَةَ المَضْمُونِ عنه دُونَ الضَّامِن . وبه قال الشافعيُّ . قال أحمدُ ، في رجل ضَمِن ما على فُلانٍ أَن يُؤَّدِّيه في ثَلاثِ سِنِينَ : فهو عليه ، ويُؤدِّيه كما ضَمِن . وَوَجْهُ ذلك ، ما روَى ابنُ عَبَّاس ، أنَّ رَجُلًا لَزِم غَرِيمًا له بعَشَرَةِ دَنانِيرَ ، على عَهْدِ رسول اللهِ عَلَيْكُم ، فقال : ما عِنْدِي شيءً أُعْطِيكُه . فقال : والله ِلا فارَقْتُكَ حتى تُعْطِيَنِي أُو تَأْتِينِي بَحَمِيلٍ . فَجَرَّه إلى النبيِّ عَلَيْكُ ، فقال له النبيُّ عَلَيْكُ : « كُمْ تَسْتَنْظِرُهُ ؟ » . فقال : شَهْرًا . فقال رسولُ اللهِ عَلَيْهِ : « فَأَنَا أُحْمِلُ » . فجاءَه به في الوَقْتِ الذي قال النبيُّ عَلَيْكُ ، فقال له النبيُّ عَلَيْكُ : « مِنْ أَيْنَ أُصَبْتَ هَذَا ؟ » . قال : مِن مَعْدِنِ . قال : ﴿ لَا خَيْرَ فِيهَا ﴾ . وقَضاها عنه . رَواه ابنُ ماجه(١) .

الإنصاف

بالحُلول إذا ماتا معًا .

قوله : ويصِحُّ ضَمانُ الحَالُ مُؤَّجُّلًا . بلا نِزاعٍ . نصَّ عليه ؛ فلصاحِبِ الحقِّ مُطالَبَةُ المَضْمونِ عنه في الحالِّ ، دُونَ الضَّامِن .

قوله : وإنْ ضَمِنَ المُوَّجَّلَ حالًا ، لم يلْزَمْه قبلَ أَجَلِه ، فى أَصَحِّ الوَّجْهَين .

⁽١) في : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في استخراج المعادن ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢١٧/٢ ، ٢١٨ .

الشرح الكبير ولأنَّه ضَمِن مالًا بعَقْدٍ مُوَّجُّل ، فكانَ مُوَّجَّلا ، كالبَيْع ِ . فإن قِيلَ : فعندَ كم الدَّيْنُ الحالُّ لا يَتَأَجُّلُ ، فكَيْفَ تَأَجُّلَ على الضَّامِن ؟ أم كيف يَثْبُتُ في ذِمَّةِ الضَّامِن على غير الوَصْفِ الذي يَتَّصِفُ به في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ؟ قُلْنا : الحَقُّ يَتَأَجَّلُ في ابْتِداء تُبُوتِه (إذا كان تُبُوتُه) بعَقْدٍ ، وهذا ابْتداءُ ثُبُوتِه في حَقِّ الصَّامِن ، فإنَّه لم يَكُنْ ثابتًا عليه حالًّا ، ويَجُوزُ أن يُخالِفَ ما في ذِمَّةِ الضَّامِن الذي في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، بدَلِيل ما لو مات المَضْمُونُ عنه والدَّيْنُ مُوِّجَّلٌ . إذا ثَبَت هذا ، فكان الدَّيْنُ حالًّا فَضَمِنَه إلى شَهْرَيْن ، لم يَكُنْ له مُطالَبَةُ الضّامِن إلى شَهْرَيْن (١) ، فإن قَضَاه قبلَ الأَجَل ، فله الرُّجُوعُ به في الحال ، على الرِّوايَةِ التي تَقُولُ : إنَّه إذا قَضَى دَيْنَه بغير إِذْنِه ، رَجَع به ؛ لأنَّ أَكْثَرَ (٢) ما فيه هلهُنا ، أنَّه قَضَى بغير إِذْنٍ . وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، لا يَرْجِعُ به قبلَ الأَجَلِ ؛ لأَنَّه لم يَأْذَنْ له في القَضاء

(وهو المذهبُ . جزَم به في « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « المُغنِسي » ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ الفُّروعِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايتَيْسَ ﴾ ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائق ِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الآخَرُ ، يلْزَمُه قبلَ أَجَلِه '[،] .

تنبيه : أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه الله ، صِحَّةَ ضَمانِ المُؤجَّل حالًا . ' وهو صحيحٌ ، ، وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : لا يصِحُ . وأطْلَقَهما

⁽۱ - ۱) سقط من: ر۱،م.

⁽٢) في م: (شهر) .

⁽٣) سقط من : ر ١ ، م .

⁽٤ - ٤) سقط من: الأصل، ط.

قبل ذلك .

فصل : فإن كان الدَّيْنُ مُؤِّجَّلًا فضَمِنَه [٧٣/٤] حالًّا ، لم يَصِرْ حالًا ، و لم يَلْزَمْه أداوُّه قبلَ أَجَلِه ؛ لأنَّ الضَّامِنَ فَرْعٌ للمَضْمُونِ عنه ، فلا يَلْزَمُه ما لا يَلْزَمُه ، ولأنَّ المَضْمُونَ عنه لو أَلْزَمَ نَفْسَه تَعْجِيلَ هذا الدَّيْن ، لم يَلْزَمْه تَعْجيلُه ، فبأن لا يَلْزَمَ الضّامِنَ أَوْلَى ، ولأنَّ الضَّمانَ الْتِزامُ دَيْنَ في الذِّمَّةِ ، فلا (ا يَجُوزُ أن يَلْتَزَمَ الله الله اللهُ عَلَي هذا ، إِن قَضاه حالًا ، لم يَرْجِعْ به قبلَ أَجَلِه ؛ لأنَّ ضَمانَه لم يُغَيِّرُه عن تَأْجِيلِه . والفَرْقُ بينَ هذه المَسْأَلَةِ والتي قَبْلَها ، أنَّ الدَّيْنَ الحالُّ ثابتٌ في الذُّمَّةِ ، مُسْتَحِقُّ القَضاء في جَمِيع ِ الزَّمانِ ، فإذا ضَمِنَه مُؤَّجَّلًا فقد الْتَزَمَ بعضَ ما يَجِبُ على المَضْمُونِ عنه ، فصَحَّ ، كالوكان الدَّيْنُ عَشَرَةً فضَمِنَ خَمْسَةً ، وأمَّا الدَّيْنُ المُوَّجَّلُ ، فلا يُسْتَحَقُّ قَضاؤُه إلَّا عند أَجَلِه ، فإذا ضَمِنَه حالًا ، الْتَزَمَ ما لم يَجبْ على المَضْمُونِ عنه ، أَشْبَهَ ما لو كان الدَّيْنُ عَشَرَةً فضَمِنَ عِشْرِين . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَصِحُّ ضَمانُ المُؤَجَّل حالًا ، كما يَصِحُّ ضَمانُ الحالِّ مُؤَّجَّلًا ، قِياسًا عليه . وقد ذَكَرْنا الفَرْقَ بينَهما بما يَمْنَعُ القِياسَ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : ولا يَدْخُلُ الضَّمانَ والكَفالَةَ خِيارٌ ؛ لأنَّ الخِيارَ جُعِلَ اللَّهِ اللَّهِ اللَّهِ اللَّهِ المُعلِّل

في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ .

الإنصاف

⁽۱ - ۱) في ر ۱ : (يلزم) .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) سقط من : الأصل .

لَيُعْرَفَ ما فيه الحَظُّ ، والضَّمِينُ والكَفِيلُ دَخلا على أَنَّه لاحَظَّ لهما ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فلم يَدْخُله خِيارٌ ، كالنَّذْرِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خلافًا . فإن شَرَطَ الخيارَ فيهما() ، فقال القاضى : عندِى أنَّ الكَفالةَ تَبْطُلُ . وهو مَذْهَبُ الشافعيُّ ؛ لأنَّه شَرْطُّ يُنافِى مُقْتَضاها ، ففَسَدَتْ ، كما لو شَرَط أن لا يُؤَدِّى عن المَكْفُولِ به ، وذلك لأنَّ مُقْتَضَى الضَّمانِ والكَفالَة لِزُومُ ما ضَمِنه أو كَفَل به ، والخِيارُ يُنافِى ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ الشَّرْطُ وَحْدَه ، كما قلنا في الشَّرُوطِ الفاسِدةِ في البَيْع . ولو أقرَّ أنَّه كَفَل بشَرْطِ الخِيارِ ، لَزِ مَنْه الكَفالَةُ ، وبَطَل الشَّرْطُ ؛ لأنَّه وَصَل بإقرارِه ما يُبْطِلُه ، فأشبَهَ اسْتِثْناءَ الكلِّ .

فصل: وإذا ضَمِن رَجُلان عن رجل أَلْفًا ضَمانَ اشْتِراكٍ ، فقالا : ضَمِنًا لَكَ الأَلْفَ الذي على زَيْدٍ . فكلُّ واحدٍ منهما ضامِنٌ لِنِصْفِه . وإن كانوا ثَلاثَةً ، فكلُّ واحِدٍ ضَامِنٌ ثُلْتَه . فإن قال واحِدٌ منهم : أنا وهذان ضامِنُون لك الأَلْفَ . فسَكَتَ الآخُرانِ ، فعليه ثُلُثُ الأَلْفِ ، ولا شيءَ عليهما . وإن قال كلُّ واحدٍ منهم : كلُّ واحدٍ مِنَّا ضامِنٌ لك الأَلْفَ . فهذا ضمانُ اشْتِراكِ وانْفِرادٍ ، وله مُطالَبَةُ كلُّ واحدٍ منهم بالأَلْفِ إن شاء . وإن أدَّى أَحَدُهُم الأَلْفَ كلُّ و احدٍ منهم بالأَلْفِ إن شاء . وإن أدَّى أَحَدُهُم الأَلْفَ كلُّ واحدٍ منهم بالأَلْفِ إن شاء . وإن لأَنْ كلُّ واحدٍ منهم الأَلْفِ إن شاء . وإن أنَّ كلُّ واحدٍ منهم بالأَلْفِ إن شاء . وإن أدَّى أَحَدُهُم الأَلْفَ كلَّه ، أو حِصَّتَه منه ، لم يَرْجِعْ إلَّا على المَضْمُونِ عنه ؟ لأَنْ كلُّ واحدٍ [٤/٣٧٤] منهم ضامِنٌ أَصْلِيٌّ ، وليس بضامِن عن الضّامِن الآخر .

الإنصاف

⁽١) في م: ﴿ فيها ﴾ .

فَصْلٌ فِي الْكَفَالَةِ: وَهِيَ الْتِزَامُ إِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ . وَتَصِحُّ اللَّهَ عَلَى اللَّهُ اللَّهُ عَلَى اللَّهُ الللَّا اللَّهُ اللَّهُ اللَّا اللَّهُ اللَّهُ اللَّا اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّا ال بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَبِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ .

فصل : قال الشُّيْخُ ، رَضِيَ اللهُ عنه : ﴿ الكَفالةُ ؛ الْتِزامُ إِحْضارِ المَكْفُول به ﴾ وجملةُ ذلك ، أنَّ الكَفالَةَ بالنَّفْسِ صَحِيحَةٌ في قولِ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ؛ منهم شُرَيْحٌ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، واللَّيْثُ ، وأبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ في بعض أَقُوالِه : الكَفالَةُ بالبَدَنِ ضَعِيفةٌ . واخْتَلَفَ أصحابُه ؟ فَمِنْهُم مَن قال : هي صَحِيحَةٌ قولًا واحِدًا وإنَّما أرادَ أنَّها ضَعِيفَةٌ في القِياس ، وإن كانت ثابتَةً بالإِجْماع ِ والأثر ِ . ومنهم مَن قال : فيها قَوْلان ؟ أحدُهما ، أنَّها غيرُ صَحِيحَةٍ ؛ لأنَّها كَفالَةٌ بعَيْنِ ، فلم تَصِحُّ ، كالكَفالَةِ بالوَجْهِ وِبَدَنِ الشَّاهِدَيْنِ . ولَنا ، قَوْلُه تعالى : ﴿ قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾(١) . ولأنَّ ما وَجَب تَسْلِيمُه بِعَقْدِ ، وَجَبِ تَسْلِيمُه بِعَقْدِ الكَفالَةِ ، كالمال .

١٨٤٤ - مسألة : (وتَصِحُّ ببَدَنِ مَن عليه دَيْنٌ ، وبالأعْيانِ المَضْمُونةِ ﴾ تَصِحُّ الكَفالَةُ ببَدَنِ كلِّ مَن يَلْزَمُه الحُضُورُ في مَجْلِس ِ الحُكْمِ

تنبيهان ؛ أحدُهما ، ظاهِرُ قُوْلِه في الكَفَالَةِ : وهي التِزامُ إحْضارِ المَكْفُولِ به . الإنصاف أَنَّه سواءً كان المَكْفُولُ به حاضِرًا أو غائبًا ، بإذْنِه ، (ْبلا نِزاع ٟ ^) ، وبغير إذْنِه ، على خِلافٍ يأتِي في كلامِ المُصَنِّفِ قَرِيبًا . وقيل : لا تصِحُّ كَفالَةُ المَدْيُونِ إلَّا بَا ذَٰنِه . الثَّانِي ، قَوْلُه : وتصِحُّ بَبَدَنِ مَن عليه دَيْنٌ . يعْنِي ، بَبَدَنِ كُلِّ مَن يلْزَمُه

⁽١) سورة يوسف ٦٦ .

⁽۲ - ۲) زیادة من : ۱ .

الشرح الكبير بدَّيْنِ لازم ، سواءً كان مَعْلُومًا أو مَجْهُولًا . وقال بعضُ الشَّافعِيَّة ِ : لا تَصِحُ مِمَّن عليه دَيْنٌ مَجْهُولٌ ؛ لأنَّه قد يَتَعَذَّرُ إحْضارُ المَكْفُول فيَلْزَمَه الدَّيْنُ ، ولا يُمْكِنُه طَلَبُه منه ؛ لجَهْلِه . ولَنا ، أنَّ الكَفالَةَ بالبَدَنِ لا بالدَّيْنِ ، والبَدَنُ مَعْلُومٌ ، فلا تَبْطُلُ الكَفالَةُ لِاحْتِمال عارض ، ولأنَّا قد بَيَّنَا أنَّ ضَمانَ (١) المَجْهُول يَصِحُّ ، وهو الْتِزامُ المال ابْتِداءً ، فالكَفالَةُ التي لا تَتَعَلَّقُ بالمالِ ابْتِداءً أُولَى . وتَصِحُّ الكَفالَةُ بالصَّبِيِّ والمَجْنُونِ ؛ لأَنَّهما(٢) قد يَجِبُ إِحْضارُهما مَجْلِسَ الحاكِم للشُّهادَةِ عليهما بالإتْلافِ ، وإذْنُ وَلِيِّهما يَقُومُ مَقامَ إِذْنِهِما . وتَصِحُّ بِبَدَنِ ٣ المَحْبُوسِ والغائِبِ . وقال أبو حنيفة : لا تَصِحُ . ولَنا ، أنَّ كلُّ وَثِيقةٍ صَحَّتْ مع الحُضُورِ ، صَحَّتْ مع الغَيْبَةِ والحَبْس ، كالرَّهْن والضَّمانِ ، ولأنَّ الحَبْسَ لا يَمْنَعُ مِن التَّسْلِيمِ ؛ لكَوْنِ المَحْبُوسِ يُمْكِنُ تَسْلِيمُه بأَمْرِ الحاكِم ، أو أَمْر مَن حَبَسَهُ ، ثم يُعِيدُه إلى الحَبْسِ بالحَقّيْنِ جَمِيعًا ، والغائِبُ يَمْضِي إليه

الإنصاف الحُضُورُ إلى مَجْلِسِ الحُكْمِ بدَيْنِ لازِمٍ مُطْلَقًا ، يصِحُّ ضَمانُه .

قَوْلُه : وبالأغيانِ المَضْمونَةِ . يعْنِي ، يصِحُّ أَنْ يكْفُلُها ، بحيثُ إنَّه إذا تَعذَّرَ إِحْضارُها ، يضْمَنُها ، إلَّا أَنْ تَتْلَفَ بِفِعْلِ اللهِ تَعالَى ، على ما يأتي . قال الزَّرْ كَشِيُّ : في صِحَّةِ كَفَالَةِ العَيْنِ المَصْمُونَةِ وَجُهَانَ . و لم أَرَ الخِلافَ لغيرِه .

فائدة : تنْعَقِدُ الكَفالَةُ بِٱلْفاظِ الضَّمانِ المُتَقَدِّمَةِ كلِّها . على الصَّحيح ِ مِنَ

⁽١) في م : ﴿ الضمان ﴾ .

⁽٢) في م: ولأنه ٤.

⁽٣) في الأصل : و بدين ٩ .

وَلَا تَصِحُ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْقِصَاصٌ ...

فيُحْضِرُه إِن كَانتِ الغَيْبَةُ غيرَ مُنْقَطِعَةٍ ، وهو أَن يَعْلَمَ خَبَرَه ، وإِن لم يَعْلَمْ ﴿ الشرح الكبر خَبَرَه ، لَزَمَه ما(١)عليه . قالَه القاضي . وقال في مَوْضع ٟ آخَرَ : لا يَلْزَمُه ما(١) عليه ، حتى تَمْضِيَ مُدَّةً يُمْكِنُه الرَّدُّ فيها ولا يَفْعَلُ . وتَصِحُّ بالأعيانِ المَصْمُونَةِ ، كالغُصُوبِ والعَوارى ؛ لأنَّه يَصِحُّ ضَمانُها ، وقد ذَكَرْنا صحَّةً ضَمانها .

> ١٨٤٥ - مسألة : (ولا تَصِحُّ ببَدَنِ مَن عليه حَدُّ أُو قِصاصٌ) سواءً كَانَ حَقًّا لِلهِ تِعَالَى ، كَحَدِّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، أو لآدَمِيٌّ ، كَحَدِّ القَذْفِ والقِصاص . وهو قولُ أَكْثَرُ (١) العُلَماء ؛ منهم [٧٤/٤] شُرَيْحٌ ، والحَسَنُ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ (٢) ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأيِ .

الإنصاف

المذهبِ . وقيل : لا تنْعَقِدُ بلَفْظِ : حَمِيل ، وقَبِيل ِ . اخْتَارَهُ ابنُ عَقِيل ِ .

قوله : ولا تصِحُّ ببَدَنِ مَن عليه حَدٌّ أو قِصاصٌ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : تَصِحُّ . واخْتَارَه في ﴿ الْفَائَقِ ﴾ . تنبيه : قَوْلُه : ولاتصِحُّ ببَدَنِ مَن عليه حدٌّ أو قِصاصٌ . شَمِلَ سواءً كان حقًّا

لله(٣) ؛ كَحَدُّ الزُّنَى ، والسَّرقَةِ ، ونحوهما ، أو لآدَمِيٌّ ، كَحَدُّ القَذْفِ ، والقِصاصِ . وكوْنُ مَن عليه حَدٌّ أُو قِصاصٌ لا تَصِحُّ كَفَالَتُه ، مِن مُفْرَداتِ المذهب . .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل: وعبيدة).

⁽٣) في الأصل ، ط: ﴿ فيه ﴾ .

والشافعيُّ في حُدُودِ الله ِتعالى . واخْتَلَفَ قَوْلُه في حُدُودِ الآدَمِيِّ ، فقال الشرح الكبير ﴿ فِي مَوْضِع ۗ : لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ وَلَا لِعَانَ . وقال في موضع ۗ : تَجُوزُ الكَفَالَةُ بمَن عليه حَقٌّ أو حَدٌّ ؛ لأنَّه حَقٌّ لآدَمِيٌّ ، فصَحَّتِ الكَفالَةُ به ، كسائِر حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ . ولَنا ، ما رؤى عَمْرُو بنُ شُعَيْب ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، عن النبيِّ عَلَيْكُ أَنَّه قال: ﴿ لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ ﴾(١). ولأنَّه حَدٌّ ، فلم تَصِحُّ الكَفالَةُ فيه ، كَحُدُودِ اللهِ تعالى ، ولأنَّ الكَفالَةَ اسْتِيثاتٌ ، والحُدُودُ مَبْناها على الإسْقاطِ والدَّرْء بالشُّبُهاتِ ، فلا يَدْخُلُ فيها الاسْتِيثاقُ ، ولأنُّه حَقٌّ لا يَجُوزُ اسْتِيفاؤُه مِن الكَفِيل إذا تَعَذَّرَ عليه إحْضارُ المَكْفُول به ، فلا تَصِحُّ الكَفالَةُ بمن هو عليه ، كحد الزِّنَى .

فصل : ولا تَجُوزُ الكَفالَةُ بالمُكاتَبِ مِن أَجْل دَيْن الكِتابَةِ ؛ لأنَّ الحُضُورَ لا يَلْزَمُه ، فلا تَجُوزُ الكَفالَةُ به ، كدَّيْنِ الكِتابَةِ .

١٨٤٦ – مسألة : (ولا) تَصِحُّ (بغيرٍ مُعَيَّن ٍ ، كأَحَدِ هذين ِ)

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، تصِحُّ الكَفالَةُ لأَخْذِ مالِ ، كالدِّيَةِ ، وغُرْمِ السَّرِقَةِ . الثَّانيةُ ، لاتصِحُّ الكَفالَةُ بزَوْجِه ، أو شاهِدٍ .

قوله : ولا بغير مُعَيَّن ، كأحَد هَذَيْن . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم . وقيل : يصِحُّ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ ، فهو كالإعارَةِ والإباحَةِ . ذكَرَه

⁽١) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى . ٧٧ / ٦

وَإِنْ كَفَلَ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْ إِنْسَانٍ أَوْ عُضْوٍ ، أَوْ كَفَلَ بِإِنْسَانٍ عَلَى اللَّهِ اللَّهِ اللَّ أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بِهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَفِيلٌ بِآخَرَ ، أَوْ ضَامِنٌ مَا عَلَيْهِ ، صَحَّ ، فِي أُحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

لأَنَّه غيرُ مَعْلُومٍ في الحالِ ولا في المآلِ ، فلا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه .

المحلا - مسألة : (وإن كَفَل بجُزْءِ شائِع مِن إِنْسَانٍ أَو عُضْو ، أَو صَامِنٌ مَا وَكَفَل بِإِنْسَانٍ عَلَى أَنَّه إِن جَاءَ به ، وإلَّا فهو كَفِيلٌ بآخَر ، أو صَامِنٌ ما عليه ، صَحَّ ، فى أحدِ الوَجْهَيْن) أمّا إذا قال : أنا كَفِيلٌ بفُلانٍ . أو : بنَفْسِه . أو ببَدَنِه . أو : بوَجْهِه . كان كَفِيلًا به . فإن كَفَل برَأْسِه أو كَبِدِه ، أو جُزْء لا تَبْقَى الحَيَاةُ بدُونِه ، أو بِجُزْء شائِع منه ، كَثُلُثِه أو رُبْعِه ، كَبِدِه ، أو جُزْء شائِع منه ، كَثُلُثِه أو رُبْعِه ، صَحَّتِ الكَفَالَةُ ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه إحْضَارُ ذلك إلّا بإحْضارِه كُلّه . وقال صَحَّتِ الكَفَالَةُ ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه إخْضَارُ ذلك إلّا بإحْضارِه كُلّه . وقال القاضى : لا(۱) تَصِحُّ الكَفَالةُ ببعضِ البَدَنِ ؛ لأنّ ما لا يَسْرِى إذا خُصَّ(۱) به عُضْو (۱) تَبْقَى الحَيَاةُ بعَضْو آ ، لم يَصِحَ ، كالبَيْع ِ والإِجارةِ . فإن كَفَل بعُضُو (۱) تَشِحُ الكَفَالَةُ . بعد زَوالِه ، كاليَدِ والرِّجُلِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَصِحُ الكَفَالَةُ .

الإنصاف

في ﴿ القاعِدَةِ الخامِسَةِ بعدَ المِائَةِ ﴾ .

قوله: وإنْ كَفَل بَجُزْءِ شَائع مِن إنْسَانٍ - كَتُلَثِه أُو رُبُّعِه - صَحَّ فَى أَحَدِ الوَجْهَين . وأَطْلَقهما في ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الفُروع ِ ﴾ ، و ﴿ الفَائقِ ﴾ ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . جزَم به في ﴿ الوَجِيزِ ﴾ ، و ﴿ تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوس ٍ ﴾ ،

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في م : ١ حضر ١ .

⁽۳) فی ر ۱: ۱ بجزء ۱.

الشرح الكبير اخْتَارَه أبو الخَطَّابِ . وهو أَحَدُ الوَجْهين لأصحَابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه إحْضارُ هذه الأعْضاءِ على صِفَتِها إلَّا بإحْضارِ البَدَنِ كلُّه ، أَشْبَهَ الكَفالَةَ بوَجْهِه ورَأْسِه ، ولأنَّه حُكْمٌ يتَعَلَّقُ بالجُمْلَةِ ، فَيَثْبُتُ حُكْمُه إذا أَضِيفَ إِلَى البعضِ ، كَالطُّلاقِ والعَتاقِ . والثَّانِي ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ تَسْلِيمَه بدُونِ تَسْلِيم الجُمْلَةِ مُمْكِنٌ مع بقائِها .

الإنصاف و « المُنَوِّرِ » ، و « إِدْراكِ الغايَةِ » . وقدَّمه في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِي » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشُّرْح ِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . قال في « تَجْريدِ العِنايَةِ » : هذا الأَظْهَرُ . وصحَّحه في « التَّصْحيحِ » . والوَجْهُ الثَّانِي ، لا يصِحُّ . قال القاضى ، في « المُجَرَّدِ » : لا تصِحُّ الكَفالَةُ ببعضِ البَدَنِ .

قوله : أو عُضْو ، صحَّ في أَحَدِ الوَجْهَيْن . إذا تكَفَّلَ بعُضُو مِن إنسانٍ ، فلا يخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يكونَ بوَجْهِه أو بغيرِه ؛ فإنْ كان بوَجْهِه ، صحَّ . على الصَّحيح مِنَ المذهبِ . جزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « الكافِي » ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِيَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، و ﴿ إِدْراكِ الغايَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . قال ابنُ مُنَجَّى في « شَرْحِه » : وهو الظَّاهِرُ . وينْبَغِي حَمْلُ كلام ِ المُصَنِّفِ عليه . وقيل : لا يصِحُّ . قال القاضي : لا يصِحُّ بَبَعضِ البَدَنِ . وهو ظاهِرُ ماقدَّمه في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . قلتُ : لم أَرَ مَن صرَّح بهذا القَوْلِ . وظاهِرُ كلام ِ المُصَنِّف ِ ، إجْراءُ^(١) الخِلافِ فيه . وإنْ كانتِ الكَفالَةُ بعُضْو ، غيرَ وَجْهِه ، فأطْلَقَ المُصَنَّفُ فيه وَجْهَين ، وأطْلَقهما في « المُحَرَّرِ » ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ ؛ أحدُهما : تصِحُّ . وهو المذهبُ . جزَم به ابنُ

⁽١) في الأصل ، ١: ﴿ استحبوا ﴾ .

فصل : إذا تَكَفُّلَ بإنْسانِ على أنَّه إن جاء به وإلَّا فهو كَفِيلٌ بآخَرَ أو الشرح الكبير ضامِنٌ ما عليه ، لم(١) يَصِحُ عند القاضِي فيهما ؛ لأنَّ الأوَّلَ مُؤَثَّتُ ، والثَّانِيَ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَصِحُّ فيهما ؛ لأنَّه ضَمانٌ أُو كَفَالَةً ، فيَصِحُ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ ، كضَمانِ العُهْدَةِ . فإن قال : إن جئتَ به في وَقْتِ كذا ، وإلَّا فأنا كَفِيلٌ ببَدَنِ فلانٍ . أو : فأنا ضامِنٌ لك [٤/٤/٤] المالَ الذي على فُلانٍ . أو قال : إذا جاء زَيْدٌ ، فأنا ضامِنٌ لك

عَبْدُوس في ﴿ تَذْكِرَتِه ﴾ . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ . قال في ﴿ تَجْرِيدِ العِنايَةِ ﴾ : هذا الإنصاف الأَظْهَرُ . وقدَّمه في « الهدايَةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ التُّلْخيصِ ِ ﴾ ، و﴿ الرُّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِيَيْنِ ﴾ ، وغيرِهم . وصحَّحه في « التَّصْحيحِ ِ » . والوَجْهُ النَّانِي ، لا تَصِحُّ . اختارَه القاضي ، كما تقدُّم عنه . وقيل : إنْ كانتِ الحَياةُ تُبْقَى معه ؛ كاليَدِ والرُّجْل ، ونحوهما ، لم يصِحُّ ، وإنْ كانتْ لاتَبْقَى معه ؛ كرَأْسِه وكَبدِه ، ونحوهما ، صحٌّ . جزَم به في « الوَجيزِ » . [١٢٤/٢ ع] وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ، » . وهو الصُّوابُ . قال في « الكافِي » : قال غيرُ القاضي : إنْ كَفَل بِعُضُو لا تَبْقَى الحَياةُ بدُونِه ؛ كالرَّأْسِ ، والقَلْبِ ، والظُّهْرِ ، صحَّ ، وإنْ كان بغيرِها ؛ كاليَدِ والرُّجْلِ ،

> < قوله : وإنْ كَفَل بإنْسانِ على أنَّه إنْ جاءَ به ، وإلَّا فهو كَفِيلٌ بآخَرَ ، أو ضامِنٌ ما عليه ، صَحَّ في أَحَدِ الوَجْهَين . وأَطْلَقَهما في ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ ، و ﴿ الْفَائِقِ ﴾ . وظاهِرُ ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ ، الإطْلاقُ ؛ أحدُهما ،

⁽١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير ما عليه . أو : إذا قَدِم الحاجُّ ، فأنا كَفِيلٌ بفُلانٍ . أو قال : أنا كَفِيلٌ بفُلانٍ شَهْرًا . فقال القاضِي : لا تَصِحُ الكَفالَةُ . وهو مَذْهَبُ الشافعيّ ، ومحمدِ (ابن الحَسَن ١)؛ لأنَّ ذلك خَطَرٌ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُ الضَّمانِ والكَفالَةِ به ، كَمَجِيء المَطَر ، ولأنَّه إِثْباتُ حَقِّ لآدَمِيٌّ مُعَيَّن ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ ، ولا تَوْقِيتُه ، كالهبَة ِ . وقال الشُّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ : يَصِحُّ . وهو قولَ أبي حنيفةَ ، وأبي يُوسُفَ ؛ لأنَّه أضافَ الضَّمانَ إلى سَبَب الوُّجُوبِ ، فَيَجِبُ أَن يَصِحُّ ، كَضَمَانِ الدَّرَكِ . وَالْأُوَّلُ أَفْيَسُ .

فصل: وإن قال: كَفَلْتُ بِبَدَنِ فُلانٍ ، على أَن يَبْرَأَ فُلانٌ الكَفِيلُ. أو: على أن تُبْرِئُه مِن الكَفالَةِ . لم يَصِحُّ ؛ لأنَّه شَرَط شَرْطًا لا يَلْزَمُ الوَفاءُ به ، فَيَكُونُ فاسِدًا ، وتَفْسُدُ به الكَفالَةُ . ويَحْتَمِلُ أَن يَصِحُّ ؛ لأَنَّه شَرَط تَحْوِيلَ

الإنصاف يصِحُّ . وهو المذهبُ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ . وصحَّحه في « التَّصْحيح ِ » . وجزَم به في « الوَجيزِ » ، و « المُنوِّرِ » ، و« تَذْكِرَةِ ابن ِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمه في « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ؛ و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . ونقَل مُهَنَّا الصَّحَّةَ في كَفِيلٍ به . والوجْهُ الثَّاني ، لايصِحُّ . اخْتارَه القاضي في « الجامِع ِ » .

فوائد ؛ منها ، لو قال : كَفَلْتُ بَبَدَنِ فُلانٍ على أَنْ تُبْرِئَ فُلانًا الكَفِيلَ . فَسَد الشَّرْطُ . عَلَى الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لايفْسُدُ . فعلى المذهب ، يفْسُدُ العَقْدُ أيضًا .على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ : ويتَوَجَّهُ وَجْهٌ ، لا يفْسُدُ .

⁽١ − ١) في ر ١ : (والحسن) .

الوَثِيقَةِ التي على الكَفِيلِ إليه . فعلى هذا ، لا تَلْزَمُه الكَفالَةُ إِلَّا أَن يُبْرِئَ الشرح الكبير المَكْفُولُ له الكَفِيلَ الأُوَّلَ ؛ لأنَّه إنَّما كَفَل بهذا الشُّرْطِ ، فلا تَثْبُتُ كَفالَتُه

وكذا الحُكْمُ لو قال: ضَمِنْتُ لك هذا الدَّيْنَ على أَنْ تُبْرِئَنِي مِنَ الدَّيْنِ الآخَر . الإنصاف قالَه في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، وغيرِهم . ومنها ، لو قال : إِنْ جِئْتَ بِهِ فِي وَقْتِ كَذَا ، وإِلَّا فأَنا كَفِيلٌ بَبَدَنِ فُلانٍ . أُو : وإِلَّا فأنا ضامِنٌ ما لك على فُلانٍ . أو قال : إنْ جاءَ زَيْدٌ فأنا ضامِنٌ لك ما عليه . أو : إذا قَدِمَ الحَاجُّ فأنا كَفِيلٌ بفُلانٍ شَهْرًا . فقال القاضى : لا تصِحُّ الكَفالَةُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ: وهو أَقْيَسُ. وقال الشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ، وأبو الخَطَّابِ، في « الانْتِصَارِ » : تصِحُّ . واعْلَمْ أَنَّ أَكْثَرَ هذه المَسائلِ ، وماذكَرَه المُصَنِّفُ ينْزِعُ إلى تَعْلَيْقِ الضَّمَانِ والكَفَالَةِ بشَرْطٍ ، وتَوْقِيتِهما ، بل هي مِن جُمْلَتِها . قال في « الفُروعِ » : وفي صِحَّةِ تَعْليقِ ضَمَانٍ وكَفالَةٍ بغيرِ سَبَبِ الحَقِّ ، وتَوْقِيتِهما ، وَجْهَانَ ؛ فَلُو تَكَفَّلَ بِهِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ ، فَهُو ضَامِنٌ لَغَيْرِهِ ، أُو كَفِيلٌ به ، أو كَفَلَه شَهْرًا ، فَوَجْهان . انتهى . وقدَّم في ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِى الصَّغِيرِ ﴾ ، صِحَّةَ تَعْليقِ الضَّمانِ والكَفالَةِ بالشُّرْطِ المُسْتَقْبَل . وجزَم به في « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهما . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ في « تَذْكِرَتِه » ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وأبو الخَطَّابِ ، والشُّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، وغيرُهم . وتقدُّم ذلك في مَسْأَلَةِ المُصَنِّف . قال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ : وإنْ علَّق الضَّمانَ على شَرْطٍ مُسْتَقْبَل ، صحَّ . وقيل : لا يصِحُّ إِلَّا بسَبَبِ الحقِّ ؛ كالعُهْدَةِ ، والدَّرَكِ ، وما لم يجبْ و لم يُوجَدْ بسَبَبه ، ويصِحُّ تَوْقِيتُه بمُدَّةٍ مَعْلومَةٍ . قال : ويحْتَمِلُ عَدَمُه . وهو أُثْيَسُ ؛ لأنَّه وَعْدٌ . انتهى .

فائدة : قال المُصَنَّفُ ، والشَّارِحُ : إِنْ كَفَلَ إِلَى أَجَلِ مَجْهُولِ ، لَم تَصِحُّ

الله وَلَا يَصِحُ إِلَّا بِرِضَا الْكَفِيلِ ، وَفِي رِضَا الْمَكْفُولِ بِهِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير بدُونِ شَرْطِه . وإن قال : كَفَلْتُ لك بهذا الغريم على أن تُبر تَنِي مِن الكَفالَةِ بِفُلانِ . أو : ضَمِنْتُ لك هذا الدَّيْنَ بشَرْطِ أن تُبْرِئنِي مِن ضَمانِ الدَّيْنِ الآخر . أو : على أن تُبْرِئَنِي مِن الكَفالَةِ بفُلانٍ . خُرِّجَ فيه الوَجْهان ، أَصَحُهُما البُطْلانُ ؟ لأنَّه شَرَط فَسْخَ عَقْدٍ في عَقْدٍ ، فلم يَصِحُّ ، كالبَيْعِ بشُرْطِ فَسْخٍ بَيْعٍ ۗ آخَرَ . وكذلك لو شَرَط في الكَفالَةِ أو الضَّمانِ أن يتَكَفَّلَ 'المَكْفُولُ له ، أو' المكْفُولُ به بآخر ، أو يَضْمَنَ دَيْنًا عليه ، أو يَبِيعَه شيئًا عَيَّنُه ، أو يُؤْجِرَه دارَه ، (لم يَصِحُّ) ؛ لِما ذَكَرْنا .

١٨٤٨ – مسألة : ﴿ وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بَرْضًا الْكَفِيلِ ، وَفَى رِضَا المَكْفُولِ بِهُ وَجْهَانَ) يُعْتَبَرُ رِضَا الكَفِيلِ في صِحَّةِ الكَفالَةِ ؟ لأَنَّه لا يَلْزَمُه الحَقُّ ابْتِداءً إِلَّا برِضاه ، ولا يُعْتَبَرُ رِضا المَكْفُولِ له ؛ لأَنَّها وَثِيقَةٌ له لا قَبْضَ فيها ، فصَحَّتْ مِن غيرِ رِضاه ، كالشُّهادَةِ ، ولأنُّها الْتزامُ حَقٌّ له مِن غيرِ عِوَضٍ ، فلم يُعْتَبَرُ رِضاه فيها ، كالنَّذْرِ . فأمَّا رِضا المَكْفُولِ به ،

الكَفَالَةُ ؛ لأنَّه ليس له وَقْتُ تُسْتَحَقُّ مُطالَبَتُه فيه . وهكذا الضَّمانُ ، وإنْ جعَلَه إلى الحَصادِ والجِدادِ والعَطاءِ . وخُرِّجَ على الوَجْهَين في الأَجَلِ في البَيْعِرِ . والأَوْلَى صحُّتُه هنا . انتهيا .

قوله : ولا يصِحُّ إلَّا برِضَا الكَفِيل ِ – بلا نِزاع ٍ – وفي رِضَا المَكْفُولِ به – وهو المَكْفُولُ عنه - وَجْهان . وأَطْلَقَهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

⁽۱ - ۱) سقط من : م .

⁽٢ - ٢) في م: ١ صح ١ .

وَمَتَّى أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ ، وَسَلَّمَهُ ، بَرِئَ ، إِلَّا ١١٢٦ أَنْ اللَّهَ يُحْضِرَهُ قَبْلَ الْأَجَلِ وَفِى قَبْضِهِ ضَرَرٌ .

ففيه وَجْهَانَ ؛ أَحَدُهُمَا ، لا يُعْتَبَرُ ، كَالضَّمَانِ . وَالتَّانِي ، يُعْتَبَرُ . وَهُو الشرح الكبير مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ مَقْصُودَهَا إحْضَارُه ، فإذا تَكَفَّلَ بغيرِ إذْنِه ، لم يَلْزَمْه الحُضُورُ معه ، ولأنَّه يَجْعَلُ لنَفْسِه حَقَّا عليه ، وهو الحُضُورُ معه مِن غيرِ الخُضُورُ معه مِن غيرِ رضاه ، فلم يَجُزْ ، كما لو ألْزَمَه الدَّيْنَ ، وفارَقَ الضَّمانَ ، فإن الضّامِنَ يَقْضِي الحَقَّ ، ولا يَحْتَاجُ إلى المَضْمُونِ عنه .

۱۸٤٩ – مسألة : (ومتى (أَحضرَ المَكْفُولَ به) ، وسَلَّمَه ، بَرِئَ ، إِلَّا أَن يُحْضِرَه قبلَ الأَجَلِ وفى قَبْضِه ضَرَرٌ) [١٥/٤] وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّ الكَفالةَ تَصِيحُ حالَّةً ومُؤَجَّلَةً ، كالضَّمانِ ، فإن أَطْلَقَ ، انْصَرَف إلى الحُلُولِ ؛ لأَنَّ كلَّ عَقْدٍ يَدْخُلُه الحُلُولُ ، إذا أُطْلِقَ اقْتَضَى الحلولَ ،

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُغْنِسى » ، الإنصاف و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهائقِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ؛ أحدُهما ، يُعْتَبَرُ رِضاه . جزَم به في « الوَجيزِ » . قال في « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتيْن » ، و « الحاوِيْن » : يُعْتَبَرُ رِضاه في أصحِّ الوَجْهَين . وصحَّحه في « التَّصْحيحِ » . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا أُولَى . والوَجْهُ الثَّانِي ، لايُعْتَبَرُ رِضاه . قدَّمه في « الفُروعِ » . وهو المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه .

قوله: ومتى أَحْضَرَ المَكْفُولَ به، وسَلَّمَه، بَرِئَ ، إِلَّا أَنْ يُحْضِرَه قبلَ الأَجَلِ، وفَ قَبْضِه ضَرَرٌ. إذا أَحْضَرَ المَكْفُولَ به، وسلَّمَه بعدَ حُلولِ الأَجَلِ، بَرِئَ . على

⁽۱ - ۱) في م : « أحضره » .

الشرح الكبير كالثَّمَن والضَّمانِ. فإذا تَكَفَّلَ حالًّا ، كان له مُطالَبَتُه بإحضاره ، فإن أَحْضَرَه وهناك يَدُّ حائِلَةٌ ظالِمَةٌ ، لم يَبْرأُ منه ، و لم يَلْزَم المَكْفُولَ له تَسَلَّمُه(١) ؛ لأنَّه لا يَحْصُلُ له غَرَضُه . وإن لم تَكُنْ يَدُّ حائِلَةٌ ، لَزِمَه قَبُولُه ، فإن قَبِلَه بَرِئَ مِن الكَفالَةِ . وقال ابنُ أبى مُوسَى : لا يَبْرَأُ حتى يَقُولَ : قد بَر نُتُ إليك منه . أو : قد سَلَّمْتُه إليك . أو : قد أُخْرَجْتُ نَفْسِي مِن كَفَالَتِه . والصحيحُ الأُوّلُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على عَمَل ِ ، فَبَرِئَ منه بالعَمَلِ المَعْقُودِ عليه ، كالإجارة . فإنِ امْتَنَعَ مِن تَسَلَّمِه (٢) بَرِئ ؟ لأنَّه أَحْضَرَ ما يَجِبُ تَسْلِيمُه عندَ غَرِيمِه ، وطَلَب منه تَسَلَّمَه (٢) على وَجْهِ لا ضَرَرَ في قَبْضِه ، فَبَرِئَ منه ، كالمُسْلَم فيه . وقال بعضُ أَصْحَابِنا : إذا امْتَنَعَ مِن تَسَلَّمِه ، أَشْهَدَ على امْتِناعِه رَجُلَيْن ، وبَرِئُ ؛ لأنَّه فَعَل ما وَقَع العَقْدُ على

الإنصاف الصَّحيح مِنَ المذهبِ مُطْلَقًا ، نصٌّ (٤) عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال في « المُسْتَوْعِبِ » : وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ هِنَاكَ يَدُّ حَائِلَةٌ ظَالِمَةٌ . قلتُ : الظَّاهِرُ أَنَّه مُرادُ غيرهم . وعنه ، لا يَبْرَأُ حتى يتَبَرَّأُ منه . قال ابنُ أَبِي مُوسى : لا يَبْرَأُ حتى يقولَ : قد بَرِئْتُ إليك منه . أو : قد سلَّمْتُه إليك . أو : قد أُخْرَجْتُ نَفْسِي مِن كَفالَتِه . انتهى . وقال بعضُ الأصحابِ ؟ (° منهم المُصَنِّفُ والشَّارِحُ °) : إذا امْتَنَعَ مِن تسَلَّمِه ، أَشْهَدَ على

⁽١) في الأصل ، ق : ﴿ تسليمه ﴾ .

⁽٢) في الأصل: ﴿ تسليمه ﴾ .

⁽٣) في الأصل ، ر ١ : و تسليمه ٥ .

⁽٤) سقط من : الأصل .

⁽٥ - ٥) سقط من: الأصل، ط.

فِعْلِه ، فَبَرِئَ منه . وقال القاضي : يَرْفَعُه إلى الحاكِم فيُسَلِّمُه إليه ، فإن الشرح الكبير لم يَجِدْ حَاكِمًا ، أَشْهَدَ شَاهِدَيْنِ عَلَى إحْضَارِه وَامْتِنَاعِ ِ المَكْفُولِ له مِن قَبُولِه . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فإنَّ مع وُجُودِ صاحِب الحَقِّ لا يَلْزَمُه دَفْعُه إلى نائِبه ، كحاكِم أو غيره . وإن كانتِ الكَفالةُ مُؤَّجَّلَةً ، لم يَلْزَمْ إحْضارُه قبلَ الأَجَلِ ، كَالدَّيْنِ المُؤَّجُّلِ ، فإذا حَلَّ الأَجَلُ فأَحْضَرَه وسَلَّمَه ، بَرئ . فإن أَحْضَرَه قبلَ الأَجَل ولا ضَرَر في تَسَلَّمِه (١) ، لَزمَه . وإن كان فيه ضَرَرٌ ، مثلَ أَن تَكُونَ حُجَّةُ الغريم غائِبةً ، أو لم يَكُنْ يومَ مَجْلِس الحاكِم ، أو الدَّيْنُ مُؤَّجَّلٌ عليه لا يُمْكِنُ اقْتِضاؤُه منه ، أو قد وَعَدَه بالإِنظارِ في تلك المُدَّةِ ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ، كمن سَلَّم المُسْلَمَ فِيه قبل مَحِلِّه أو في غيرٍ مَكانِه .

> فصل : وإذا عَيَّنَ في الكَفالَةِ تَسْلِيمَه في مكانٍ ، فأحْضَرَه في غيرِه ، لم يَبْرَأُ مِن الكَفالَةِ . وبه قال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال القاضي : إن

امْتِناعِه رَجُلَين ، وَبَرِئَ . وقال القاضى : يرْفَعُه إلى الحاكِم ، فيُسَلِّمُه إليه ، فإنْ الإنصاف لم يجِدْ حاكِمًا ، أَشْهَدَ شاهِدَين على إحْضارِه وامْتِناعِ ِ المَكْفُولِ له مِنْ قَبُولِه .

تنبيه : حُكْمُ ما إذا أَحْضَرَه قبلَ حُلولِ الأَجَلِ ، ولا ضَرَرَ في قَبْضِه ، حُكُّمُ ما إذا أَحْضَرَه بعدَ حُلولِ الأَجَلِ ، خِلافًا ومذهبًا ، على ما تقدُّم .

فائدة : يتَعَيَّنُ إِحْضارُه [١٢٥/٢ و]مكانَ العَقْدِ . عَلَى الصَّحيح مِنَ المذهب . قدَّمه في « الفُروعِ » . وقيل : يتَعَيَّنُ فيه إنْ حصَل ضرَرٌّ في غيرِه ، و إلَّا فلا . وقيل : يْبُرَأُ بَبَقِيَّةِ البَلَدِ(٢) . اخْتارَه القاضي ، وأصحابُه . وقدَّمه في « التَّلْخيص » . قال

⁽١) في الأصل، ر ١: ﴿ تسليمه ﴾ .

⁽٢) بعده في آ : و اختاره القاضي ، قاله في و المغنى ، ، و و الشرح ، . وعند غيره ، إذا كان فيه سلطان ، .

الشرح الكبير أحْضَرَه بمكاني آخَرَ مِن البَلَدِ وسَلَّمَه ، بَرئَ مِن الكَفالَةِ . وقال بعضُ أصحابِنا: متى أَحْضَرَه في أَيِّ مكانٍ كان ، وفي ذلك المَوْضِع ِ سُلْطانٌ ، بَرِئَ مِن الكَفالَةِ ؟ لكَوْنِه لا يُمْكِنُه الامْتِناعُ مِن مَجْلِسِ الحاكِم ، ويُمْكِنُ إِثْبَاتُ الحُجَّةِ فيه . وقِيلَ : إِن كَانَ عليه ضَرَرٌ في إحْضاره بمكانٍ آخَرَ ، لم يَبْرَأُ الكَفِيلُ إِذا أَحْضَرَه فيه ، وإلَّا بَرِئَ ، كَقَوْلِنا فيما إِذا أَحْضَرَه قبلَ الأَجَلِ . ولأصحاب الشافعيّ اخْتِلافٌ على نحو ما ذَكَرْنا . ولَنا ، أنَّه سَلَّمَ ما شَرَط تَسْلِيمَه في مكانٍ في غيره ، فلم [١٥٥٤٤] يَبْرَأُ ، كما لو أَحْضَرَ المُرْسَلَمَ فيه في غيرِ المَوْضِعِ الذي شَرَطَه ، ولأنَّه قد يُسَلِّمُ في مَوْضِع لا يَقْدِرُ عَلَى إِثْبَاتِ الحُجَّةِ فِيهِ ؛ لِغَيْبَةِ شُهُودِهِ ، أو غيرِ ذلك ، وقد يَهْرُبُ منه ولا يَقْدِرُ على إمْساكِه . ويُفارِقُ ما إذا سَلَّمَه قبلَ الأَجَلِ ، فإنَّه عَجَّلَ الحَقُّ قبلَ أَجَلِه ، فزادَه خَيْرًا ، فمتى لم يَكُنْ ضَرَرٌ ، وَجَبَ قَبُولُه . فإن وَقَعَتِ الكَفالَةُ مُطْلَقةً ، وَجَب تَسْلِيمُه في مكانِ العَقْدِ ، كالسَّلَم . فإن سَلَّمَه في غيره ، فهو كتَسْلِيمِه في غير المكانِ الذي عَيَّنه . وإن كان المَكْفُولُ به مَحْبُوسًا (اعندَ غيرِ الحاكِمِ ، لم يَلْزَمْه تَسْلِيمُه) ؛ لأنَّ ذلك الحَبْسَ

الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : إِنْ كَانِ المَكْفُولُ فِي حَبْسِ الشُّرْعِ ، فَسَلَّمَه إِلَيه فيه ، بَرِئَ ، ولا يلْزَمُه إحْضارُه منه إليه عندَ أَحَدٍ مِنَ الأَئمَّةِ ، ^{('}ويُمَكِّنُه الحاكِمُ مِنَ الإخْراجِ ليُحاكِمَ غَريمَه ، ثم يَرُدُّه . هذا مذهبُ الأثمَّة ٢ ، كالِكِ ، وأحمدَ ، وغيرهما . وفى طَريقَةِ بعض الأصحاب ، وإنْ قِيلَ : دَلالَتُه عليه ، وإعْلامُه بمَكانِه لايُعَدُّ

⁽۱ - ۱) سقط من: م.

⁽٢ - ٢) زيادة من : ١ .

وَإِنْ مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، أَوْ تَلِفَتِ الْعَيْنُ بِفِعْلِ الله ِتَعَالَى ، أَوْ سَلَّمَ النَّعَ نَفْسَهُ ، بَرِئَ الْكَفِيلُ .

يَمْنَعُه اسْتِيفاءَ حَقِّه . وإن كان مَحْبُوسًا عندَالحاكِم ، فسَلَّمَه إليه مَحْبُوسًا ، الشرح الكبر لَزِمَه تَسلِيمُه ، لأَنَّ حَبْسَ الحاكِم لايَمْنَعُه اسْتِيفاءَ حَقِّه . وإذا طالَبَ الحاكِمُ بإحْضارِه ، أَحْضَرَه وحَكَم بينَهما ، ثم يَرُدُّه إلى الحَبْس . فإن تَوَجَّهَ عليه حَقُّ للمَكْفُول له ، حَبَسَه بالحَقِّ الأَوَّلِ وحَقِّ المَكْفُولِ له .

• ١٨٥ - مسألة : (وإن مات المَكْفُولُ به ، أو تَلِفَتِ العَيْنُ بفِعْلِ اللهِ تعالى ، أو سَلَّمَ نَفْسَه ، بَرِئَ الكَفِيلُ) إذا مات المَكْفُولُ به ، بَرِئَ الكَفِيلُ وسَقَطَتِ الكَفَالَةُ . وبه قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِيُّ ، وحَمَّادُ بنُ أَبى الكَفِيلُ وسَقَطَتِ الكَفَالَةُ . وبه قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِيُّ ، وحَمَّادُ بنُ أَبى سُلَيمانَ ، وأبو حنيفة ، والشافعيُّ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ ، ويُطالَبُ بما عليه . وهو قولُ الحَكَم ، ومالك ، واللَّيث . وحُكِي عن ابن شُرَيْح ؟ عليه . وهو قولُ الحَكَم ، ومالك ، واللَّيث . وحُكِي عن ابن شُرَيْح ؟ لأنَّ الكَفِيلَ وَثِيقَةٌ بِحَقٍّ ، فإذا تَعَذَّرَتْ مِن جِهةِ مَن عليه الدَّيْنُ ، اسْتَوْفَى

الإنصاف

تَسْلِيمًا . قُلْنا : بل يُعَدُّ . ولهذا إذا دَلَّ على الصَّيْدِ مُحْرِمًا ، كَفَّر .

قوله: وإنْ ماتَ المَكْفُولُ به ، أو تَلِفَتِ العَيْنُ بِفِعْلِ الله تِعالَى ، أو سلَّمَ نَفْسَه ، بَرِئَ الكَفِيلُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . سواءٌ تَوانَى الكَفِيلُ فى تَسْلِيمِه حتى ماتَ ، أوْ لا . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » الأصحابِ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لايْرَأُ مُطلقًا ، فيلْزَمُه الدَّيْنُ . وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُعْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . واختارَه الشَّيْخُ تَقِى الدِّينِ . ذكرَه عنه فى « الفائقِ » . وقيل : إنْ تَوانَى فى تَسْلِيمِه حتى ماتَ ، لم يبْرَأُ ، وإلَّا بَرِئَ . « الفائقِ » . وقيل : إنْ تَوانَى فى تَسْلِيمِه حتى ماتَ ، لم يبْرَأُ ، وإلَّا بَرِئَ .

الشرح الكبير مِن الوَثِيقَةِ ، كالرَّهْن ، ولأنَّه تَعَذَّرَ إحْضارُه ، فلَزمَ كَفِيلَه ما عليه ، كما لو غاب . ولَنا ، أنَّ الحُصُورَ سَقَطَ عن المَكْفُول به ، فبَرئَ الكَفِيلُ ، كما لو بَرئَ مِن الدَّيْنِ ، ولأنَّ ما الْتَزَمَه مِن أَجْلِه سَقَط عن الأَصْل ، فبَرئَ الفَرْ عُ ، كالصَّامِن إذا قَضَى المَصْمُونُ عنه الدَّيْنَ أُو أُبْرِئَ منه ، وفارَقَ ما إذا غاب ، فإنَّ الحُضُورَ لم يَسْقُطْ عنه ، وفارَّقَ الرَّهْنَ ، فإنَّه عُلِّقَ به المالُ فاسْتُوفِيَ منه ، وكذلك الحُكْمُ إِن تَلِفَتِ العَيْنُ (١) المَكْفُولُ بها بفِعْلِ الله ِتعالى . وإن سَلَّمَ المَكْفُولُ به نَفْسَه ، بَرِئَ الكَفِيلُ ؛ لأَنَّه أَتَى بما يَلْزَمُ الكَفِيلَ لأَجْلِه ، وهو إحْضارُ نَفْسِه ، فَبَرِئَتْ ذِمَّتُه ، كما لو قَضَى الدَّيْنَ .

فصل : إذا قال الكَفِيلُ : قد بَرِئَ المَكْفُولُ به مِن الدَّيْنِ وسَقَطَتِ الكَفالَةُ . أو قال : لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ حينَ كَفَلْتُه . فأَنْكَرَ المَكْفُولُ له ، فالقولُ قَوْلُه ؛ لأنَّ الأصْلَ صِحَّةُ الكَفالَةِ وبَقاءُ الدَّيْن ، وعليه اليَمِينُ ،

الإنصاف

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يشتَرط ، فإنِ اشْتَرَطَ الكَفِيلُ أنَّه لا شيءَ عليه إِنْ مَاتَ ، بَرِيَّ بِمَوْتِه ، قَوْلًا وَاحَدًا . قَالَه في ﴿ التَّلْخِيصِ ﴾ ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، وغيرِهما . وأمَّا إذا تَلِفَتِ العَيْنُ بفِعْلِ اللهِ تِعالَى ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الكَفيلَ يْرَأً . جزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرُّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » . وقيل : لاَيْبْرَأُ . وأَطْلَقَهما في « الفروع ِ » .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يشْتَرِطْ أَنْ لا مالَ عليه بتَلَفِ العَيْنِ

⁽١) سقط من : م .

فإن نَكَل ، قُضِىَ عليه . ويَحْتَمِلُ أَن لا يُسْتَحْلَفَ فيما إذا ادَّعَى الكَفِيلُ الشرح الكبير أَنَّه تَكَفَّلَ بِمَن لا دَيْنَ عليه ؛ لأَنَّ الكَفِيلَ مُكَذِّبٌ لِنَفْسِه فيما ادَّعاه ، فإنَّ مَن كَفَل بشَخْصٍ مُعْتَرِفٌ بِدَيْنِه في الظّاهِرِ . والأُوَّلُ أَوْلَى ؛ لأَنَّ ما ادَّعاهُ مُحْتَمِلٌ . [٤/١/د]

فصل: وإذا قال المَكْفُولُ له للكَفِيلِ : أَبْرَأْتُكَ مِن الكَفالَةِ . بَرِئُ بَ لَانَّه حَقَّه ، فسقط بإسقاطِه ، كالدَّيْنِ . وإن قال : قد بَرِئْتَ إلىَّ منه . أو : قد رَدَدْتَه إلَىَّ . بَرِئَ أيضًا ؛ لأَنَّه مُعْتَرِفٌ بوَفاءِ الحَقِّ ، فهو كا لو اعْتَرفَ بذلك في الضمانِ . وكذلك إذا قال له : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذي كَفَلْتَ به . ويَبْرَأُ الكَفِيلُ في هذه المَواضِع دُونَ المَكْفُولِ به ، ولا يَكُونُ إقرارًا بقَبْضِ الحَقِّ (وهذا قولُ محمد بن الحسن . وقيل : يكونُ إقرارًا بقَبْضِ الحَقِّ المَعْقَلْتَ به . والأوَّلُ بقَبْضِ الحَقِّ المَعْقَلْتَ به . والأوَّلُ المَكْفُولِ به . فأمَّا إن قال للمَكْفُولِ به : أَبْرَأَتُكَ عمّا لِى قِبَلَكَ مِن الحَقِّ ، أَلَو مَوْتِ المَكْفُولِ به . فأمَّا إن قال للمَكْفُولِ به : أَبْرَأَتُكَ عمّا لِى قِبَلَكَ مِن الحَقِّ . المَكْفُولِ به : أَبْرَأَتُكَ عمّا لِى قِبَلَكَ مِن الحَقِّ . فأمَّا إن قال للمَكْفُولِ به : أَبْرَأَتُكَ عمّا لِى قِبَلَكَ مِن الحَقِّ . أَو مَوْتِ المَكْفُولِ به . فأمَّا إن قال للمَكْفُولِ به : أَبْرَأَتُكَ عمّا لِى قِبَلَكَ مِن الحَقِّ . فإنَّ قَبَلَكَ مِن الحَقِّ وَتَزُولُ الكَفَالَةُ ؛ المَنْ قَبَلُكَ مِن الدَّيْنِ الذي الذي اللهَ قَبَلَكَ . فإنَّ قال : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذي الذي المَنْ . فإنَّ قال له فلانٌ . بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذي وَبَلَكَ . وإن قال : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذي وَبَلَكَ . فإنَّ قال : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذي الذي وَبَلَكَ . فإن قال : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذي الذي وَبَلَكَ . فإنَّ قال : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذي الذي وَبَلَكَ . فإن قال : بَرَئْتَ مِن الدَّيْنِ الذي المَاقِبَلُهُ .

المَكْفُولِ بها ، فإنِ اشْتَرَطَ ، بَرِئَ ، قَوْلًا واحدًا ، كما تقدَّم فى المَوْتِ . الثَّانى ، الإنصاف مُرادُه بقَوْلِه : أو تَلِفَتِ العَيْنُ بفِعْلِ اللهِ تعالَى . قبلَ المُطالَبَةِ . صرَّح به فى

[.] ١ - ١) سقط من : م .

المنه وَإِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ مَعَ بَقَائِهِ ، لَزِمَ الْكَفِيلَ الدَّيْنُ ، أَوْ عِوَضُ الْعَيْن وَإِنْ غَابَ ، أُمْهِلَ الْكَفِيلُ بِقَدْرِ مَا يَمْضِي فَيُحْضِرُهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ

الشرح الكبير

١٨٥١ - مسألة : (وإن تَعَذَّرَ إحْضارُه مع بَقائِه ، لَزِم الكَفِيلَ الدَّيْنُ أُو عِوَضُ العَيْنِ) متى تَعَذَّرَ إحْضارُ المَكْفُولِ به مع حَياتِه ، أو امْتَنَعَ مِن إِحْضَارِه ، لَزِمَه ماعليه . وقال أَكْثَرُهم : لاغُرْمَ عليه . ولَنا ، عُمُومُ قَوْلِه ، عليه الصلاةُ والسلامُ: « الزَّعِيمُ غَارِمٌ »(١). ولأنَّها أَحَدُ نَوْعَى الكَفالَةِ ، فُوَجَبَ بها الغُرْمُ ، كالكَفالةِ بالمال .

١٨٥٢ – مسألة : (وإن غاب ، أُمْهِلَ الكَفِيلُ بقَدْرِ ما يَمْضِي

الإنصاف « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ ِ » ، وغيرِهما . وأمَّا إذا أَسْلَمَ المَكْفُولُ به نفْسَه في مَحِلُّه ، فإنَّ الكَفِيلَ يبْرَأُ ، قَوْلًا واحدًا .

قوله : وإنْ تَعَذَّرَ إِحْضارُه ، مع بَقائِه ، لَزِمَ الكَفِيلَ الدَّيْنُ ، أو عِوَضُ العَيْنِ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحاب ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وفي « المُبْهجِ » وَجْهٌ ؛ أَنَّه يُشْتَرَطُ البَراءَةُ منه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : قِياسُ المذهبِ لايلْزَمُه ، إنِ امْتنَعَ بسُلْطانٍ ، وأَلْحَقَ به مُعْسِرًا أو مَحْبُوسًا ونحوَهما ؛ لاسْتِواءِ المَعْنَى . وكوْنُ الكَفِيلِ يضْمَنُ ما على المَكْفُولِ به إذا لم يُسَلِّمُه ، مِنَ المُفْرَداتِ .

فائدة : قالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : السَّجَّانُ كالكَفِيلِ . واقْتَصرَ عليه في « الفُروع ِ » .

قوله : وإنْ غابَ ، أَمْهِلَ الكَفِيلُ بقَدْرِ ما يمْضِي ، فيُحْضِرُه ، وإنْ تعَذَّرَ إِحْضَارُه ، ضَمِنَ . إذا مضَى الكَفِيلُ ليُحْضِرَ المَكْفُولَ به ، وتعَذَّرَ إحْضارُه ِ ،

⁽١) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

الإنصاف

فيُحْضِرُه ، فإن تَعَذَّرَ إِحْضَارُه ، ضَمِن ما عليه) إذا غاب المَكْفُولُ به ، أو ارْتَدَّ ولَحِق بدارِ الحَرْبِ ، لم يُؤْخَذِ الكَفِيلُ بالحَقِّ حتى يَمْضِي زَمَنَ يُمْكِنُ المُضِى إليه وإعادتُه . وقال ابن شُبْرُمَة : يُحْبَسُ في الحالِ ؛ لأنّ الحَقَّ يُمْكِنُ المُضِى إليه وإعادتُه . وقال ابن شُبْرُمَة : يُحْبَسُ في الحالِ ؛ لأنّ الحَقَّ يُمْتَبَرُ في وُجُوبِ أَدَائِه إِمْكَانُ التَّسْلِيمِ وإن قد تَوَجَّه عليه . ولنا ، أنّ الحَقَّ يُعْتَبَرُ في وُجُوبِ أَدَائِه إِمْكَانُ التَّسْلِيمِ وإن كان حالًا ، كالدَّيْنِ ، فإذا مَضَتْ مُدَّة يُمْكِنُ إِحْضَارُه فيها ولم يُحْضِرُه ، وكان حالًا ، كالدَّيْنِ ، فإذا مَضَتْ مُدَّة يُمْكِنُ إِحْضَارُه فيها ولم يُحْضِرُه ، أو امْتَنَعَ مِن إحْضارِه مع إمْكانِه ، أو كانتِ الغَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ أَخِدُ بما عليه . وقال أصحابُ الشافعيّ : إن كانتِ الغَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ مَن أَخِدُ بما عليه . وقال أصحابُ الشافعيّ : إن كانتِ الغَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ مَن أَخِدُ بما عليه ، وقال أصحابُ الشافعيّ : إن كانتِ الغَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ مَن إحْضارِه مع إمْكانِه حُبِس . وقد دَلَّاننا على وُجُوبِ الغُرْمِ في المَسْأَلَةِ التي قبلَها .

فصل: فإن كَفَل إلى أَجَل مَجْهُول ، لم تَصِحَّ الكَفالَة . وهذا قولُ الشافعيّ ؛ لأنّه ليس له وَقْتُ يَسْتَحِقُّ مُطالَبَته فيه ، وهكذا الضّمان . وإن جَعلَه إلى الحَصادِ والجِذاذِ والعَطاء ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْن ، كالأَجَل فى البَيْع ِ . والأَوْلَى صِحَّتُه هُهنا ؛ لأنّه تَبَرُّعٌ مِن غيرِ عِوَض جَعَل له أَجَلًا البَيْع ِ . والأَوْلَى صِحَّتُه هُهنا ؛ لأنّه تَبَرُّعٌ مِن غيرِ عوض جَعَل له أَجَلًا لا يَمْنَعُ مِن حُصُولِ المَقْصُودِ منه ، فصَحَّ ، كالنّذرِ . [٤٧٦/٤] وهكذا كلُّ مَجْهُولِ لا يَمْنَعُ مَقْصُودَ الكَفالة ِ . وقدرَوَى مُهنّا عن أَحمد ، في رجل كلَّ مَجْهُولٍ لا يَمْنَعُ مَقْصُودَ الكَفالة ِ . وقدرَوَى مُهنّا عن أَحمد ، في رجل كَفَل رجلًا فقال : إن جِئتُ به في وَقْتِ كذا ، وإلّا فما عليه عَلَىّ . فقال : لا أَدْرِى ، ولكنْ إن قال : ساعَة كذا . لَزِمَه . فنصَّ على تَعْيِينِ السّاعَة ،

فَحُكْمُه حُكْمُ مَا إِذَا تَعَذَّرَ إِحْضَارُه مَعَ بَقَائِه ، عَلَى مَا تَقَدُّم ، خِلافًا ومَذَهَبًا .

المنع وَإِذَا طَالَبَ الْكَفِيلُ الْمَكْفُولَ بِهِ بِالْحُضُورِ مَعَهُ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الْكَفَالَةُ بِإِذْنِهِ أَوْ طَالَبَهُ صَاحِبُ الْحَقِّ بإِحْضَارِهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير وتَوَقَّفَ عن تَعْيِين الوَقْتِ ، ولَعَلَّه أَرادَ وَقُتًا مُتَّسِعًا ، أَو وَقْتَ شيء يَحْدُثُ ، مثلَ وَقْتِ الحَصادِ ، ونحوه . فأمّا إن قال : وَقْتَ طُلُوعِ الشَّمْس . أو نحوَ ذلك ، صَحَّ . فإن قال : إلى الغَدِ . أو : إلى شَهْر كذا . تَعَلَّقَ بأوَّلِه ، على ما ذَكَرْنا في السَّلَم . فإن تَكَفَّلَ برجل إلى أَجَل ، إن جاء به فيه ، وإِلَّا لَزِمَه ما عليه ، صَحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ ، وأبو يُوسُفَ . وقال محمدُ بنُ الحسن ، والشافعيُّ : لا تَصِحُّ الكَفالَةُ ، ولا يَلْزَمُه ما عليه ؛ لأنَّ هذا تَعْلِيقُ الضَّمانِ بخَطَرٍ ، فلم يَصِحُّ ، كما لو عَلَّقَه بقُدُوم زَيْدٍ . ولَنا ، أنَّ هذا مُوجِبُ الكَفالةِ ومُقْتَضاها ، فصَحَّ اشْتِراطُه ، كما لو قال : إن جِئْتُ به فی وَقْتِ كذا ، وإلَّا فلك حَبْسِی . ومَبْنَی(۱) الخِلافِ هـٰهنا علی الخِلافِ في أنَّ هذا مُقْتَضَى الكَفالَةِ ، وقد دَلَّلْنا عليه .

١٨٥٣ - مسألة : (وإذا طالَبَ الكَفِيلُ المَكْفُولَ به بالحُضُور معه ، لَز مَه ذلك إن كانتِ الكَفالَةُ بإذْنِه أو طالَبه صاحِبُ الحَقِّ بإحْضارِه ، وإلَّا فلا) إذا كَفَل رجلًا بإذْنِه ، فأرادَ إحْضارَه ؛ ليُسَلِّمَه إلى المَكْفُولِ له ، لَز مَه الحُضُورُ معه ؛ لأنَّه شَغَل ذِمَّته مِن أَجْلِه بإِذْنِه ، فلَزِ مَه تَخْلِيصُها ،

الإنصاف

قوله : وإذا طالَبَ الكَفِيلُ المَكْفُولَ به بالحُصُورِ مَعَه^(٢) لَزمَه ذلك، إنْ كانتِ الكَفالَةُ بإِذْنِه ، أو طالَبَه صاحِبُ الحَقِّ بإحْضارِه ، وإلَّا فلا . وهذا المذهبُ فيهما ،

⁽١) بعده في م : و وهذا ۽ .

⁽٢) في النسخ : « مدة » .

كما لو اسْتَعارَ عَبْدَه فرَهَنَه بإِذْنِه ، فإنَّ عليه تَخْلِيصَه إذا طَلَبَه سَيِّدُه . وإن الشرح الكبير كانت بغير إِذْنِه ، فإن طَلَبَه المَكْفُولُ له لَز مَه الحُضُورُ ؛ لأنَّ حُضُورَه حَقٌّ للمَكْفُولِ له ، وقد اسْتَنابَ الكَفِيلَ في ذلك . وإن لم يَطْلُبُه المَكْفُولُ له ، لَمْ يَلْزَمْهُ الحُضُورُ ؛ لأنَّه لم يَشْغَلْ ذِمَّتَه ، وإنَّما الكَفِيلُ شَغَلَها باخْتِيارِ نَفْسِه ، فلم يَجُزْ أَن يَثْبُتَ له بذلك حَقٌّ على غيرِه . وإن قال له المَكْفُولُ له : أَحْضِرْ كَفِيلَكَ . كان تَوْكِيلًا في إحْضارِه ، وَلَزِمَه أَن يَحْضُرَ معه ، كَالُو وَكُلُّ غَيرُه . وإن قال : اخْرُجْ مِن كَفَالَتِكَ . احْتَمَلَ أَن يَكُونَ تَوْكِيلًا في إحْضاره ، كَاللَّفْظِ الأوَّل ، واحْتَمَلَ أن يَكُونَ مُطالَبَةً بالدَّيْنِ الذي عليه ، فلا يَكُونُ تَوْكِيلًا ، ولا يَلْزَمُه الحُضُورُ معه .

> فصل : وإذا قال رجلٌ لآخَرَ : اضْمَنْ عن فُلانٍ . أو : اكْفُلْ بفُلانٍ . فَفَعَلَ ، كَانَ الضَّمَانُ والكَفَالَةُ لازِمَيْنِ للمُبَاشِرِ دُونَ الآمِرِ ؛ لأَنَّه كَفَل باخْتِيار نَفْسِه ، وإنَّما الأَمْرُ إرْشادٌ وحَثُّ على فِعْلِ خَيْرٍ ، فلا يَلْزَمُه به

فصل : ولو قال : أَعْطِ فُلانًا أَلْفًا . فَفَعَلَ ، لم يَرْجِعْ على الآمِرِ ، و لم

وعليه جماهيرُ الأصحابِ. وجزَم به في ﴿ الوَجيزِ ﴾ ، و ﴿ المُغْنِي ﴾ ، الإنصاف و « الشُّرْحِ » ، وغيرِهم . وقدُّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لايلْزَمُه الحُصُّورُ إِلَّا إِذَا كَانْتِ الكَفَالَةُ بَإِذْنِه ، فطالَبَه المَكْفُولُ له بحُضُوره .

> فائدة : حيثُ أدَّى الكَفِيلُ مالَزمَه ، ثم قدر على المَكْفُولِ به ، فقال في « الفُروعِ » : ظاهِرُ كلامِهم ، أنَّه في رُجوعِه عليه كالضَّامِن ، وأنَّه لايُسَلِّمُه إلى المَكْفُولِله ، ثم يسْتَرِدُ ماأدًاه ، بخِلافِ مَعْصُوبِ تعَذَّرَ إحْضارُه مع بَقائِه ؛ لامْتِناعِ

الشرح الكبر يَكُنْ ذلك كَفالَةً ولا ضَمانًا ، إلَّا أن يَقُولَ : أَعْطِه عَنِّي . وقال أبو حنيفة : يَرْجِعُ عليه إذا كان خَلِيطًا له . ولَنا ، أنَّه لم يَقُلْ : أَعْطِه عَنِّي . فلم يَلْزَمْه الضَّمانُ ، كما لو لم يَكُنْ خَلِيطًا . ولا يَلْزَمُ إذا كان [٧٧/٤] له عليه مالٌ ، فقال : أَعْطِه فلانًا . حيثُ يَلْزَمُه ؛ لأنَّه لم يَلْزَمُه لأَجْلِ هذا القولِ ، بل لأنَّ عليه حَقًّا يَلْزَمُه أداوه .

فصل : ولو تَكَفَّلَ اثْنَانِ بواحِدٍ ، صَحَّ ، وأَيُّهُم قَضَى الدَّيْنَ ، بَرِئَ الآخَرُ ؛ لِما ذَكَرْنا في الضَّمانِ . وإن سَلَّمَ المَكْفُولُ به نَفْسَه ، بَرئَ كَفِيلاه . وإن أَحْضَرَه أَحَدُ الكَفِيلَيْن ، لم يَبْرَأُ الآخَرُ ؛ لأَنَّ إِحْدَى الوَثِيقَتَيْن انْحَلَّتْ مِن غيرِ اسْتِيفاءِ ، فلم تَنْحَلَّ الْأُخْرَى ، كالو أَبْرَأَ أَحَدَهما ، أو انْفَكَّ أَحَدُ الرَّهْنَيْنِ مِن غيرِ قَضاءِ الحَقِّ ، بخِلافِ ما إذا سَلَّمَ المَكْفُولُ به نَفْسَه ؟ لأنه أصْلٌ لهما ، فإذا بَرِئَ الأصْلُ ممّا تَكَفَّلَ به عنه ، بَرى كَفِيلاه ؛ لأنَّهما فَرْعاه ، وكلُّ واحدٍ مِن الكَفِلَيْنِ ليس بفَرْعٍ لِلآخَرِ ، فلم يَبْرَأُ ببراءَتِه . وكذلك لو أَبْرَأَ المَكْفُولَ به ، بَرِئَ كَفِيلاه . ولو أَبْرِئَ أَحَدُ الكَفِيلَيْن وَحْدَه لم يَبْرَأُ الآخَرُ .

الإنصاف بَيْعِه(١).

قوله : وإذا كَفَل اثْنان برَجُل ، فسَلَّمَه أَحَدُهما ، لم يبْرَأُ الآخَرُ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضي وأصحابه ، ونصَّ عليه . وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفَروعِ »

⁽١) بياض في : الأصل ، ط .

١٨٥٤ – مسألة : (ولو تَكَفَّلَ واحِدٌ لاثْنَيْن ، فأَبْرَأُه أَحَدُهما) أو الشرح الكبير أَحْضَرَه عندأَ حَدِهما (لم يَسْرَأُ مِن الآخرِ) لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثَّنيْن بمَنْزِ لَةِ عَقْدَيْن ، فقد الْتَزَمَ إِحْضارَه عندَ (١) كلِّ واحِدٍ منهما ، فإذا أَحْضَرَه عندَ أَحَدِهما ، بَرِئَ منه ، كما لو كان في عَقْدَيْن ، وكما لو ضَمِن دَيْنًا لرَجُلَيْن (٢) ، فوقَّى أَحَدَهما حَقَّه .

فصل : وإذا كانتِ السَّفِينةُ في البَّحْرِ ، وفيها مَتاعٌ ، فخِيفَ غَرَقُها ،

وغيره . قال في « القَواعِدِ » : أَشْهَرُ الوَجْهَين ، لايبْرَأُ . وقيل : يبْرَأُ الآخَرُ . وهو الإنصاف احْتِمالٌ في « الكافِي » . ونصَرَه الأَزَجِيُّ في « نِهايَتِه » . وهو ظاهِرُ كلام ِ السَّامَرِّيِّ في « فُروقِه » . قالَه ابنُ رَجَبٍ في « قَوَاعِدِه » ، وقال : والأَظْهَرُ أَنَّهما إِنْ كَفَلا كَفَالَةَ اشْتِراكِ ؟ مثلَ أَنْ يقُولا : كَفَلْنالك زَيْدًا ، نُسَلِّمُه إليك . فإذا سلَّمَه أحدُهما ، بَرِئَ الآخَرُ ؛ لأنَّ التَّسْلِيمَ المُلْتَزَمَ واحِدٌ ، فهو كأداءِ أَحَدِ الضَّامِنَين للمالِ . وإنْ كفَلا كَفالَةَ انْفِرادٍ واشْتِراكٍ ؟ بأنْ قالا : كُلُّ واحدٍ منَّا كَفِيلٌ لك بزَيْدٍ . وكُلُّ واحدٍ مُلْتَزِمٌ له إحْضارَه ، فلا يُبْرَأُ بدُونِه ، مادامَ الحَقُّ باقِيًا على المَكْفُولِ به ، فهو كما لو كَفَلا في عَقْدَين مُتَفَرِّقَين . وهذا قِياسُ قَوْلِ القاضي ، في ضَمانِ الرَّجُلَين الدَّيْنَ .

> فائدة : لو سلَّم المَكْفُولُ به نَفْسَه ، بَرِئَ الاثنان ، وفَرْقَ مِينَه وبينَ [٢-١٢٥ ظ] ما إذا سلَّمَه أحدُهما .

قوله: وإن كَفَل واحدٌ لاثْنَين ، فأبْرَأَه أَحَدُهما ، لم يَبْرَأُ مِنَ الآخَرِ . بلا نِزاعٍ .

⁽١) في م: وعن ١.

⁽٢) في الأصل: ﴿ لرجل ﴾ .

فَالْقَى بعضُ مَن فيها مَتَاعَه في البَحْرِ لتَخِفَّ ، لم يَرْجِعْ به على أَحَدٍ ، سواةً الْقاه مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ أو مُتَبَرِّعًا ؛ لأَنَّه أَتْلَفَ مالَ نَفْسِه باخْتِيارِه مِن غيرِ ضَمانٍ . وإن قال له بعضهم : ألْقِ مَتَاعَكَ . فألقاه ، فكذلك ؛ لأَنَّه لم يُحْرِهْه ، ولا ضَمِن له . فإن قال : ألْقِه ، وعلى ضَمانُه . فألقاه ، فعلى القائِل الضَّمانُ . ذَكَرَه أبو بكرٍ ؛ لأنَّ ضَمانَ ما لم يَجِبْ صَحِيحٌ . وإن قال : ألْقِه ، وأنا ورُكْبانُ السَّفينة ضَمَناءُ له . ففعل . فقال أبو بكر : يَضْمَنُه القائِلُ وَحْدَه ، إلَّا أن يَتَطَوَّعَ بَقِيتُهم . وقال القاضى : إن كان ضَمانَ يَضْمَن الجَمِيعَ ، إنَّماضَمِن الْجَمِيعَ ، إنَّماضَمِن الْجَمِيعَ ، إنَّماضَمِن ولمُ يُقْبَلُ وَوْلُه في حَقِّ الباقِينَ . وإن كان ضَمانَ اشْتِراكِ وانْفِرادٍ ، بأن يَقُولَ : وهم يُقْبَلُ قَوْلُه في حَقِّ الباقِينَ . وإن كان ضَمانَ اشْتِراكِ وانْفِرادٍ ، بأن يَقُولَ : ولم يُقْبَلُ وَوْلُه في حَقِّ الباقِينَ . وإن كان ضَمانَ اشْتِراكِ وانْفِرادٍ ، بأن يَقُولَ : كلُّ واحدٍ مِنّا ضامِنَ لك مَتاعَكَ أو قِيمَتَه . لَزِم القائِلَ ضَمانُ الجميع ، وسواءٌ قال هذا والباقُونَ يَسْمَعُونَ فَسَكَتُوا ، أو قالوا : لا نَفْعَلُ . أو لم وسواءٌ قال هذا والباقُونَ يَسْمَعُونَ فَسَكَتُوا ، أو قالوا : لا نَفْعَلُ . أو لم يَسْمَعُوا ؛ لأنَّ سُكُوتَهُم لا يَلْزَمُهم به حَقٌ .

فصل: قال مُهَنّا: سألتُ أحمدَ ، عن رجل له على رجُل أَلْفُ دِرْهم

الإنصاف

فوائد ؛ إحداها ، يصِحُ^(۱) أَنْ يَكْفُلَ الكَفِيلُ كَفِيلًا آخَرَ ، فإنْ بَرِئَ الأَوَّلُ ، بَرِئَ الآَّنِي والأَوَّلِ ، ولا بَرِئَ الآَّنِي والأَوَّلِ ، ولا بَكْسَ . وإنْ كَفَلَ الثَّانِي ثَالِثٌ ، بَرِئَ بَبَراءَةِ الثَّانِي والأَوَّلِ ، ولا عَكْسَ . فلو كَفَل الثَّانِي ثالِثٌ ، وكفَل كلَّ واحدٍ منهما كَفِيلٌ آخَرُ ، فأَحْضَرَه عَكْسَ . فلو كفَل اثنان واجدًا ، وكفَل كلَّ واحدٍ منهما كَفِيلٌ آخَرُ ، فوضِمِنَ أحدُهما ، بَرِئَ هو ومَن تَكَفَّلَ به ، وبَقِي الآخِرُ ومَن كفَل به . الثَّانِيةُ ، لو ضَمِنَ اثنان دَيْنَ رَجُل لِ فَعْرِيمِه ، فلا يخلُو ؛ إمَّا أَنْ يقولَ كلُّ واحدٍ منهما : أنا ضامِنَ لك

⁽١) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع

الشرح الكبير

فأَقامَ بها كَفِيلَيْن ، كلُّ واحِدِ منهما كَفِيلٌ ضامِنٌ ، فأيُّهما شاء أَخَذَه بحَقِّه ، فأحالَ رَبُّ المال عليه رجلًا بحَقِّه ؟ فقال : يَبْرَأُ الكَفِيلانِ . قُلْتُ(١) : فإن مات الذي أحالَه عليه بالحَقِّ ولم يَتْرُكْ شَيْعًا ؟ قال : لا شيءَله ، ويَذْهَبُ الألفُ .

الأُّلْفَ . أو يُطْلِقَ ؛ فإنْ قالا : كلُّ واحد منَّا ضامِنٌ لك الأُّلْفَ . فهو ضَمانُ اشتِراكٍ الإنصاف فِ انْفِرادٍ ، فله مُطالَبَةُ كلِّ واحدٍ منهما بالألْفِ إنْ شاءَ ، وله مُطالَبَتُهما ، وإنْ قَضاه أحدُهما ، لم يرْجعْ (اللَّا على) المَصْمُونِ عنه . وإنْ أَطْلَقا الضَّمانَ ؛ بأنْ قالا : ضَمِنَّا لك . فهو بينَهما بالحِصَص ، وكلُّ واحدٍ منهما ضامِنٌ لحِصَّتِه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهب . وهو قوْلُ القاضي في « المُجَرَّدِ » ، و « الخِلافِ » ، والمُصَنِّفِ ، وقطَع به الشَّارِحُ . وقيل : كلُّ واحدٍ ضامِنٌ للجَميع ِ ، كالأوَّلِ . نصَّ عليه أحمدُ(٢) في رِوايَةِ مُهنَّا . وكذا قال أبو بَكْرٍ في « التَّنْبِيهِ » . وذكر ابنُ عَقِيل فيهااحْتِمالَين . وأَطْلَقَ الوَجْهَين في « القَواعِدِ » . وبَناه القاضي على أنَّ الصَّفْقَةَ تَتَعَدُّدُ بِتَعَدُّدِ الضَّامِنَين ، فيصِيرُ الضَّمانُ مُوزَّعًا عليهما . وعلى هذا ، لو كان المَضْمونُ دَيْنًا مُتَساويًا على رَجُلَين ، فهل يُقالُ : كلُّ (٢) واحد منهما ضامِنٌ لنِصْف الدَّيْنَين . أو كلُّ واحدٍ منهما ضامِنَّ لأَحَدِهما بانْفِرادِه ؟ إذا قُلْنا : يصِحُّ ضَمانُ المُبْهَمِ . يحْتَمِلُ وَجْهَين . قالَه ابنُ رَجَبٍ ، في « قَواعِدِه » . الثَّالثةُ ، لو كان على اثْنَين مِائَةً لآخَرَ ، فضَمِنَ كلُّ واحدٍ منهما الآخَرَ ، فقَضاه أحدُهما نِصْفَ المِائَةِ ،

⁽١) في م: وقال ، .

⁽٢ - ٢) في الأصل ، ط: ﴿ إِلَى أَعِلَى ﴾ .

⁽٣) سقط من: الأصل، ط.

الانصاف

أو أَبْرَأُه منه ، ولا نِيَّةَ ، فقيلَ : (' إِنْ شاءَ صرَفَه إلى الذي عليه بالأصالَةِ ، و'' إِنْ شاءَ صرَفَه إلى الذي عليه بطَرِيقِ الضَّمانِ . قلتُ : وهو أَوْلَى . وقد تقدُّم ما يُشْبهُ ذلك في الرَّهْن ، بعدَ قُوْلِه : وإِنْ رَهَنَه رَجُلان شيئًا ، فَوَفَّاه أَحدُهما . وقيل : يكونُ بينَهما نِصْفَين . وأطْلَقَهما في « الفُروع ِ » . الرَّابعةُ ، لو أحالَ عليهما ليقْبضَ مِن أَيِّهِما شَاءَ ، صحَّ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب . وذكر ابنُ الجَوْزِيِّ وَجْهًا ، لا يصِحُّ ، كَحَوالَتِه على اثْنَين له ، على كلِّ^(٢) واحدٍ منهما مِائَةٌ . الخامسةُ ، لو أَبْرَأُ أحدَهما مِنَ المِائَةِ ، بَقِيَ على الآخر خَمْسُون أَصالَةً . السَّادِسةُ ، لو ضَمِنَ ثالِثٌ عن أحدهما المِائةَ بأمْره. وقضاها ، رجَع على المَضْمونِ عنه بها . وهل له أنْ يرْجعَ بها على الآخر ؟ فيه روايَتان . وأَطْلَقَهما في ﴿ الفُروع ِ ﴾ . قلتُ : الذي يظْهَرُ ، أنَّ له الرُّجوعَ عليه ؛ لأنَّه كضامِن الضَّامِن . السَّابعةُ ، لو ضَمِنَ مَعْرِفَتَه ، أَخِذَ به . نقَلَه أبو طالِب . الثَّامنةُ ، لو أَحالَ رَبُّ الحقِّ ، أو أُحِيلَ (") ، أو زالَ العَقْدُ ، بَرِئَ الكَفِيلُ ، وبطَل الرَّهْنُ ، ويثْبُتُ لوارِثِه . ذكَرَه في « الانْتِصارِ » ، وذكر في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، في الصُّورَةِ الأَولَى ، احْتِمالَ وَجْهَين في بَقاء الضَّمانِ . ونقَل مُهَنَّا فيها ، يبْرَأُ ، وأنَّه إنْ عَجَز مُكاتَبٌ ، رَقُّ ، وسقَط الضَّمانُ . وذكر القاضي ، أنَّه لوِ أَقَالَه في سَلَم به رَهْنٌ ، حَبَسَه برَأْسِ مالِه ، جعَلَه أَصْلًا ، لحَبْسِ رَهْنِ بمَهْر المِثْلَ ِ بِالمُتْعَةِ . التَّاسِعةُ ، لو حِيفَ مِن غَرَقِ السَّفِينَةِ ، فأَلَّقَى بعضُ مَن فيها مَتاعَه في البَحْرِ لتَخِفُّ ، لم يرْجعْ به على أحدٍ ، سواءٌ نوَى الرُّجوعَ ، أوْ لا . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ ، مِن عندِه : ويحْتَمِلُ

⁽١ - ١) سقط من : الأصل : ط .

⁽٢) زيادة من : ١ .

⁽٣) فى الأصل ، « أجل » .

أَنْ يرْجِعَ إِذَا نَوَى الرُّجُوعَ . وما هو ببَعِيدٍ . انتهى . ويجبُ الإلْقاءُ إِنْ خِيفَ تَلَفُ الإنصاف الرُّكَّابِ بالغَرَقِ ، ('ولو قال') بعضُ أهْلِ السَّفِينَةِ : أَلْق مَتاعَك . فأَلَّقاه ، فلا ضَمانَ على الآمِر . وإنْ قال : أَلْقِه ، وأنا ضامِنُه . ضَمِنَ الجميعَ . قالَه أبو بَكْر ، والقاضيي، ومَن بعدَهما. وإنْ قال: وأنا و رُكْبانُ السَّفينَة ضامنُون. وأطْلَقَ ، ضَمِنَ وحدَه بالحِصَّةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب . قدَّمه في « الفُروعِ » ، و لم يذْكُرْه المُصَنِّفُ ، ولا الشَّارِ حُ ، ولا الحارثِيُّ . وقال أبو بَكْر : يضْمَنُه القائلَ وحدَه ، إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعَ بَقِيَّتُهم (٢) . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، وقدَّمه في ﴿ الرِّعايَةِ ﴾ . وقال القاضى : إِنْ كَان ضَمَانَ اشْتِراكِ ، فليس عليه إلَّا ضَمَانُ حِصَّتِه ، وإِنْ كَان ضَمَانَ اشْتِر اكِ و انْفِر ادِ ، بأنْ يقولَ : كلُّ واحدِ منَّا ضامِنَّ لك مَتاعَك ، أو قِيمَتَه . ضَمِنَ القائلُ ضَمانَ الجميع ِ ، سواءٌ كانُوا يسْمَعُون قوْلَه ، فَسَكَّتُوا ، أو لم يسْمَعُوا . انتهى . قال الحارثِيُّ ، في آخِرِ الغَصْبِ : وهو الحقُّ ، وإنْ رَضُوا ("بما قال") ، لَزِمَهِم . قال في « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ الوَجْهان . وإِنْ قالُوا : ضَمِنًا لك . ضَمِنُوا بالحِصَّة . وإنْ قالوا(٤) : كُلُّ واحدٍ منَّا ضامِنُه . ضَمِنَ الجميعُ . ذكرَه أبو بَكْر ، والقاضي ، و مَن بعدَهما . و كذا الحُكْمُ في ضَمانِهم ما عليه مِنَ الدَّيْنِ . [١٢٦/٢ و] ويأْتِي في آخِرِ الغَصْبِ بعضُ هذا ، ومَسائلُ تتعَلَّقُ بهذا ، فليُراجَعْ . العاشِرَةُ ، لو قال لزَيْدٍ : طَلِّقْ زَوْ جَتَك ، وعليَّ أَلْفٌ ، أو مَهْرُها . لَزمَه ذلك بالطُّلاقِ . قالَه في ا « الرِّعايَةِ » . وقال أيضًا : لو قال : بعْ عَبْدَك مِن زَيْدٍ بمِائَةٍ ، وعليَّ مِائَةً أُخْرَى . لم يَلْزَمْه شيءٌ . وفيه احْتِمالٌ . واللهُ أعلمُ .

⁽١ - ١) في الأصل، ط: ﴿ وقال ﴾ .

⁽٢) في الأصل ، ط: ﴿ بقيمتهم ﴾ .

⁽٣ - ٣) في الأصل، ط: و بمأل ، .

⁽٤) في الأصل ، ط: (قال) .



بابُ الحَوالَةِ

الحوالَةُ ثابِتَةٌ بالسُّنَّةِ والإِجْماعِ . أمّا السُّنَّةُ ، فما روَى أبو هُرَيْرَةَ أَنَّ النبيَّ عَلَيْكُ قال : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وإذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُم عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبُعْ » . النبيَّ عَلَيْكُ قال : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وإذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُم عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ » (٢) . مُتَّفَقٌ عليه (١) . وفي لَفْظٍ : « ومَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ » (٢) . وأَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على جَوازِ الحَوالَةِ في الجُمْلَةِ . واشْتِقاقُها مِن تَحْوِيلِ الحَقِّ مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ . وقد قِيلَ : إنَّها بَيْعٌ . فإنَّ المُحِيلَ يَشْتَرِي ما في الحَقِّ مِن ذِمَّةٍ المُحالِ عليه ، وجاز تَأْخِيرُ القَبْضِ رُخْصةً ؛ لأَنَّه مَوْضُوعٌ على الرِّفْقِ ، فيَدْخُلُها خِيارُ المَجْلِسِ ؛ لذلك (٣) . والصَّحِيحُ مَوْضُوعٌ على الرِّفْقِ ، فيَدْخُلُها خِيارُ المَجْلِسِ ؛ لذلك (٣) . والصَّحِيحُ

الإنصاف

باب الحوالة

(۱) أخرجه البخارى ، فى : باب فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة ، وباب إذا أحال على ملى فليس له رد ، من كتاب الحوالات ، وفى : باب مطل الغنى ظلم ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ١٢٣/٣ ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى المطل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٢/٢ . والترمذى ، فى : باب مطل الغنى ، وباب الحوالة ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٢/٤٤ . والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، وباب الحوالة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٨/٧ ، ٢٧٩ ، وابن ماجه ، فى : باب الحوالة ، من كتاب السوع . سنن الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٣/٨ . والدارمى ، فى : باب فى مطل الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦١/٢ . والإمام مالك ، فى : باب جامع الدين والحول ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢٧٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦٠ ، ٢٦٠ ، ٣١٥ ، ٣٧٧ ، ٣١٥ ، ٤٦٤ ، ٣٥٠ ٤٠ .

⁽٣) في ق : (كذلك) .

وَالْحَوَالَةُ تَنْقُلُ الْحَقُّ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَلَا يَمْلِكُ الْمُحْتَالُ الرُّجُوعَ عَلَيْهِ بِحَالٍ .

الشرح الكبير أنَّها عَقْدُ إِرْفاقٍ مُنْفَرِدٌ بنَفْسِه ، ليس بمَحْمُولِ على غيرِه ؛ لأنَّها لو كانت بَيْعًا لَما جازَتْ ؛ لأَنَّه بَيْعُ دَيْنِ بِدَيْنِ ، ولَما جازِ التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ ؛ لأَنَّه بَيْعُ مال الرِّبا بجنْسِه ، ولَجازَتْ بلَفْظِ البَيْعِ ، ولَجازَتْ بينَ جنْسَيْن ، كَالْبَيْعِ ِ ، وَلأَنَّ لَفْظَهَا يُشْعِرُ بِالتَّحَوُّلُ لا بِالبَّيْعِ ِ . فعلى هذا ، لا يَدْخُلُها خِيارٌ ، وتَلْزَمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ . وهذا أَشْبَهُ بكَلام أَحمدَ وأَصُولِه ، ولابُدَّ فيها مِن مُحِيلٍ ومُحْتالٍ ومُحالِ عليه .

٠١٨٥٥ - مسألة : (والحَوالَةُ تَنْقُلُ الحَقُّ مِن ذِمَّةِ المُحِيلِ إلى ذمَّةِ المُحال عليه ، فلا يَمْلِكُ المُحتالُ الرُّجُوعَ عليه بحالِ) إذا صَحَّتِ الحَوالَةُ ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ المُحِيلِ ، وانْتَقَلَ الحَقُّ إلى ذمَّةِ المُحالِ عليه ، في قولِ عامَّةِ أَهْلِ العِلْمِ . ورُوِى عن الحَسَنِ ، أنَّه كان لا يَرَى الحَوالَةَ بَراءَةً

فوائد ؛ إحْداها ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : ('هي مُشْتَقَّةٌ مِن تَحْويلِ الحَقِّ مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ . وقال في ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ' : هي مُشْتَقَّةٌ مِن التَّحَوُّلِ ؟ لأنَّها تُحَوِّلُ الحَقُّ وتنْقُلُه مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ . والظَّاهِرُ ، أنَّ المَعْنَى واحِدٌ ؟ فَإِنَّ التَّحَوُّلَ مُطاوِعٌ للتَّحْوِيلِ ، يُقالُ : حَوَّلْتُه فَتَحَوَّلَ . الثَّانيةُ (٢) ، الحَوالَةُ عَقْدُ إِرْفَاقٍ ؟ تَنْقُلُ الحَقُّ مِن ذِمَّةِ المُحِيلِ إلى ذِمَّةِ المُحالِ(٢) عليه ، وليستْ بَيْعًا . على

⁽١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

⁽٢) في ط: (المحيل) .

⁽٣) في ط: والمال ، .

إِلَّا أَن يُبْرِئُه . وعن زُفَرَ ، أَنَّه قال : لا تَنْقُلُ الحَقَّ . وأَجْراها مُجْرَى الضَّمَانِ . ولَنا ، أنَّ الحَوالَةَ مُشْتَقَّةٌ مِن تَحْويلِ الحَقِّ ، بخِلافِ الضَّمانِ ، فَإِنَّهُ مُشْتَقٌّ مِن ضَمٌّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ ، فَعُلِّقَ على كُلِّ (١) واحدٍ مُقْتَضاه وما دَلّ عليه لَفْظُه . إذا ثَبَت ذلك ، فمتى رَضِيَ بها المُحْتالُ ولم يَشْتَر طِ اليَسارَ ، لم يَعُدِ الحَقُّ إلى المُحِيلِ أبدًا ، سَواءً أمْكَنَ اسْتِيفاءُ الحَقِّ ، أو تَعَذَّرَ لِمَطْلِ أُو فَلَس أُو مَوْتٍ أُو غيرِه . وبه قال اللَّيْثُ ، والشافعيُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ. وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ. وقال شُرَيْحٌ ، والشُّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ: متى أَفْلَسَ أُو ماتَ ، رَجَع على صاحِبِه . وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ عليه في حَالَيْنَ ؛ إذا مات المُحَالُ عليه مُفْلِسًا ، وإذا جَحَدَه وحَلَف عليه عندَ الحاكِم . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَرْجعُ عليه في هاتَيْن الحالَتَيْن ، وإذا خُجِرَ عليه لفَلَسِ ؛ لأَنَّه رُوى عن عُثْمانَ ، أَنَّه سُئِل عن رجل أُحِيلَ بحَقَّه ،

الصَّحيح مِنَ المُدَهب ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ لجَوازِها بينَ الدُّيْنَين المُتَساوِيَين الإنصاف جنسًاوصِفَةً ، والتَّفَرُّقِ قبلَ القَبْض ، واختِصاصِها بجنس واحدٍ ، واسْم حاصٌّ ، ولزُومِها . ولا هي في مَعْنَى البَّيْعِ ؛ لعدَمِ العَيْنِ فيها . وهذا الصُّوابُ . قال المُصَنَّفُ: وهو أَشْبَهُ بكلام أحمدَ. قال في « القاعِدةِ الثَّالثةِ والعِشْرين »: الحَوالَةُ ، هل هي نقْلٌ للحَقُّ ، أو تَقْبيضٌ ؟ فيه خِلافٌ . وقد قيل : إنَّها بَيْعٌ ؛ فإنَّ المُحِيلَ(٢) يَشْتَرِي ما في ذِمَّتِه بما في ذِمَّةِ المُحالِ عليه ، وجازَ تأْخِيرُ القَبْضِ رُخْصَةً ؛ لأنَّه مَوْضُوعٌ على الرُّفْقِ . فَيَدْخُلُها خِيارُ المَجْلِسِ . واعْلَمْ أنَّ الحَوالَة

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) في ط : ﴿ المبيع ﴾ ، وفي الأصل : ﴿ المستبيع ﴾ .

الشرح الكبير فماتَ المُحالُ عليه مُفْلِسًا . فقال : يَرْجعُ بحَقِّه(١) ، لا تَوَّى(٢) على مال امْرِيءِ مُسْلِم ("). ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ١ ٧٨/٤ مَ لُسَلَّم العِوَضُ فيه لأَحَدِ المُتعاوضَيْن ، فكان له الفَسْخُ ، كما لو اعْتاضَ بتَوْبِ فلم يُسَلَّمْ إليه . ولَنا ، أَنَّ حَزْنًا جَدَّ سَعِيدِ بن المُسَيَّب ، كان له على على ، رَضِيَ اللهُ عنه ، دَيْرٌ ، فأحالَهُ به ، فمات المُحالُ عليه ، فأخْبَرَه ، فقال : اخْتَرْتَ علينا ، أَبْعَدَكَ اللهُ . فأَبْعَدَه بمُجَرَّدِ احْتِيالِه ، و لم يُخْبرْه أنَّ له الرُّجُوعَ . ولأنَّها بَراءَةٌ مِن دَيْنِ ليس فيها قَبْضٌ مِمَّن هي عليه ، ولا مِمَّن يَدْفَعُ عنه ، فلم يَكُنْ فِيهَا رُجُوعٌ ، كَمَا لُو أَبْرِأُه مِن الدَّيْن ، وحَدِيثُ عُثَانَ لَم يَصِحَّ ، يَرْويه خَلَيْدُ (١) بنُ جَعْفَرٍ ، عن مُعاوِيَةً بن قُرَّةً ، عن عُثانَ ، ولم يَصِحُّ سَماعُه منه (°). وقد رُوى أنَّه قال: في حَوالةٍ أو كَفالةٍ. وهذا يُوجبُ التَّوَقُّفَ، ولو صَحَّ ، كان قولُ عليِّ مُخالِفًا له . وقَوْلُهم : هو مُعاوَضَةٌ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُفْضِي إلى بَيْع ِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ، وهو مَنْهِيٌّ عنه . ويُفارِقُ المُعاوَضَةَ بالثُّوْبِ ؛ لأنَّ في ذلك قَبْضًا يَقِفُ اسْتِقْرارُ العَقْدِ عليه ، وهـٰهنا الحَوالَةُ بمَنْزِلَةِ القَبْض ، وإلَّا كان بَيْعَ دَيْنِ بدَيْنِ .

تُشْبِهُ المُعاوَضَةَ مِن حيثُ إِنَّها دَيْنٌ بدَيْنِ . وتُشْبِهُ الاسْتِيفاءَ مِن حيثُ إِنَّه يُبْرِئُ

⁽١) بعده في م : ﴿ لأنه ﴾ .

⁽٢) التوى : الهلاك .

⁽٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : لا يرجع على المحيل لاتوى على مال مسلم ، من كتاب الحوالة . السنن الكبرى 7/17.

⁽٤) في الأصل، م: « خلد » . وفي ق ، ر ١ : « خالد » . وهو خليد بن جعفر بن طريف أبو سليمان البصرى . تهذيب الكمال ٣٠٤/٨ .

⁽٥) سقط من : م .

وَ لَا تَصِحُ إِلَّا بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ ؟ أَحَدُهَا ، أَنْ يُحِيلَ عَلَى دَيْنِ مُسْتَقِرٍّ ، فَإِنْ أَحَالَ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَو السَّلَم ، أُو الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، لَمْ يَصِحٌ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَهُ ، أَوِ الزَّوْجُ أَمْرَأْتَهُ ، صَحَّ .

١٨٥٦ –مسألة : ﴿ وَلا تَصِحُّ إِلَّا بشُرُوطٍ ثَلاثَةٍ ؛ أَحدُها ، أَن يُحِيلَ الشرح الكبير على دَيْنِ مُسْتَقِرٌّ ، فإن أحالَ على مالِ الكِتابَةِ ، أو السَّلَم) قبلَ قَبْضِه (أو الصَّداق ِ قبلَ الدُّنحُولِ ، لم يَصِحُّ . وإن أحالَ المُكاتَبُ سَيِّدَه ، أو الزَّوْ جُ امْرَأْتُه ، صَحَّ) لا تَصِحُّ الحَوالَةُ على دَيْن عير مُسْتَقِرٌ ؛ لأنَّ مُقْتَضاها إلْزامُ المُحالِ عليه الدُّيْنَ مُطْلَقًا ، ولا يَثْبُتُ ذلك فيما هو بعَرْضِ السُّقُوطِ . ولا يُعْتَبَرُ أَن يُحِيلَ بِدَيْنِ مُسْتَقِرٍّ ، إِلَّا أَنَّ السَّلَمَ لا تَصِحُّ الحَوالةُ به ولا عليه ؟ لأَنَّ دَيْنَ السَّلَم ليس بمُسْتَقِرٌّ ، لكَوْنِه مُتَعَرِّضًا للفَسْخِ بانْقِطاعِ المُسْلَمِ فيه ، ولا تَصِحُّ الحَوالَةُ به ؛ لأنَّها لا تَصِحُّ إِلَّا فيما يَجُوزُ أَخْذُ العِوَضِ

المُحِيلَ ، ويَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ المَبِيعِ إذا أحالَ بالثَّمَن ، ولتَرَدُّدِها بينَ ذلك ، ألحَقَها بعضُ الأصحاب بالمُعاوَضَةِ ، كا تقدُّم ، وألحَقَها بعضُهم بالاسْتِيفاءِ . الثَّالثةُ ، نقَل مُهَنَّا ، في مَن بعَث رَجُلًا إلى رَجُل له عندَه مالٌ ، فقال : خُذْ منه دِينارًا . ('فأخَذ منه ٰ ٱكْثَرَ ، فالضَّمانُ على المُرْسِلِ ؛ لتَغْرِيرِه ، ويَرْجِعُ هو على الرَّسُولِ . ذكرَه ابنُ رَجَب في ﴿ قُواعِدِهِ ﴾ .

قوله : ولا تَصِحُّ إِلَّا بثَلاثَةِ شُرُوطٍ ؛ أحدُها ، أَنْ يُحِيلَ على دَيْنٍ مُسْتَقِرٌّ ، فإنْ أَحَالَ عَلَى مالِ الكِتابَةِ ، أو السَّلَم ، أو الصَّداقِ قبلَ الدُّخُولِ - وكذا لو أحالَ على الأُجْرَةِ عندَالعَقْدِ - لم يصِحُّ ، وإنْ أحالَ المُكاتَبُ سَيِّدَه ، أوِ الزَّوْ جُ امْرَأَتُه ، صَحُّ .

⁽١ – ١) في ط: ﴿ فَالْتُزْمِ ﴾ .

الشرح الكبير عنه ، ولا يَجُوزُ ذلك في السَّلَم ؛ لقَوْلِه عليه الصلاةُ والسلامُ : « مَنْ أَسْلَمَ في شِيءِ ، فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيرهِ »(١). فلا تَصِحُّ الحَوالَةُ على المُكاتَب بمال الكِتابَةِ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ؛ لأنَّ له أن يَمْتَنِعَ مِن أَداثِه ، ويَسْقُطُ بعَجْزِه . وتَصِحُّ الحَوالَةُ عليه بدَيْنِ غيرِ دَيْنِ الكِتابَةِ ؛ لأَنَّ حُكْمَه حُكْمُ الأحْرارِ في المُدايَناتِ . وإن أحالَ المُكاتَبُ سَيِّدَه بنَجْم قد حَلَّ عليه ، صَحَّ ، وبَرئَت ذِمَّةُ المُكاتَب بالحَوالَةِ ، ويَكُونُ ذلك بمَنْزِلَةِ القَبْض . وإن أحالَتِ المَرْأَةُ على زَوْجها بصَداقِها قبلَ الدُّخُولِ ، لم يَصِحُّ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، يَحْتَمِلُ أَن يَسْقُطَ بانْفِساخِ النِّكاحِ بسَبَبِ مِن جِهَتِها . وإن أحالَها الزُّوْجُ به ، صَحَّ ؛ لأنَّ له تَسْلِيمَه إليها ، وحَوالَتُه به تَقُومُ مَقامَ تَسْلِيمِه . فإن أحالَتْ به بعدَ الدُّنُحول ، صَحَّ ؛ لأنَّه مُسْتَقِرٌّ . وإن أحالَ البائعُ بالثَّمَنِ على [٤٧٨/٤] المُشْتَرِى في مُدَّةِ الخِيارِ ، لم يَصِحُّ ، في قِياسِ مَا ذَكَرْنَا . وإن أحالَهُ المُشْتَرِى به ، صَحٌّ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الوَفاءِ ،

الإنصاف وكذا لو أحالَ بالأُجْرَةِ . اعْلَمْ أنَّ الحَوالَةَ تارَةً تكونُ على مالٍ ، وتارَةً تكونُ بمالٍ ؛ فإنْ كانتِ الحَوالَةُ على مال ، فيُشْتَرَطُ أنْ يكونَ المالُ المُحالُ عليه مُسْتَقِرًّا . على الصَّحيح مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : تصِحُّ الحَوالَةُ على مالِ الكِتابَةِ بعدَ حُلولِه . وفي طَرِيقَةِ بعضِ الأصحابِ ، أنَّ المُسْلَمَ فيه مُنَزَّلٌ مَنْزِلَةَ المَوْجُودِ (٢) ؛ لصِحَّةِ الإبراء منه ، والحَوالَةِ عليه وبه . وقال الزَّرْكَشِيُّ : لاَيَظْهَرُ لِي مَنْعُ الحَوالَةِ بالمُسْلَمِ فيه . وظاهِرُ ماقدُّمه في

⁽١) تقدم تخريجه في ٢٥١/١٢ .

⁽٢) في ط : ﴿ الوجود ﴾ .

(وله الوَفاءُ ') قبلَ الاسْتِقْرارِ . وإن أحالَ البائِعُ بالثَّمَنِ على المُشْتَرِي ، ثم الشرح الكبير ظَهَر على عَيْبِ ، لم يَتَبَيَّنْ أَنَّ الحَوالَةَ كانت باطِلَةً ؛ لأنَّ الثَّمَنَ كان ثابتًا مُسْتَقِرًّا ، والبَيْعَ كان لازِمًا ، وإنَّما ثَبَت الجَوازُ (٢) بعدَ العِلْم بالعَيْبَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى المُشْتَرِي . ويَحْتَمِلُ أَن تَبْطُلَ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ سَبَبَ الجَوازِ عَيْبُ المَبيع ِ ، وقد كان مَوْجُودًا وَقْتَ الحَوالَةِ . وكلُّ مَوْضِع ٍ أحالَ مَن عليه دَيْنٌ غيرُ مُسْتَقِرٌّ به ، ثم سَقَط الدَّيْنُ ، كالزُّوْجَةِ يَنْفَسِخُ نِكَاحُها بسَبَبٍ مِن جهَتِها ، أو المُشْتَرى يَفْسَخُ البَيْعَ ويَرُدُّ المَبِيعَ ، فإن كان ذلك قبلَ القَبْضِ مِن المُحال عليه ، فَفِيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، تَبْطُلُ الحَوْالَةُ ؛ لعَدَم الفائِدَةِ في بَقَائِهَا ، ويَرْجِعُ المُحِيلُ بدَيْنِه على المُحالِ عليه . والثَّانِي ، لا تَبْطُلُ ؛

« المُحَرَّرِ » ، صِحَّةُ الحَوالَةِ على المَهْرِ قبلَ الدُّنُولِ ، وعلى الْأَجْرَةِ بالعَقْدِ . وإنْ الإنصاف كانتِ الحَوالَةُ بمالِ ، لم يُشْتَرَطِ اسْتِقْرارُه ، وتصِحُّ الحَوالَةُ به . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ، وعليه جماعَةٌ مِنَ الأصحاب . وجزَم به في ﴿ الْوَجِيزِ ﴾ ، و ﴿ الْكَافِي ﴾ ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ، وغيرهم . وقدَّمه في « الفَروع ِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » . وجزَم به في « المُحَرَّرِ » ، في مالِ الكِتابَةِ . وقدَّمه في غيرِه . واخْتارَه القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ في مالِ الكِتابَةِ ، ذكرَه في ﴿ التَّلْخيص ﴾ ، على ما يأْتِي . وقيل : يُشْتَرَطُ كَوْنُ المُحالِ به مُسْتَقِرًّا ، كالمُحال عليه . اختارَه القاضي في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ . وجزَم ﴿ به الحَلُّوانِيُّ . قال في « الهدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذُّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَةِ » : يُشْتَرَطُ لصِحَّتِها أَنْ تكونَ بدَيْنِ مُسْتَقِرٌّ ، وعلى دَيْن مُسْتَقِرٍّ . قال في « الحاوِيَيْن » : لا تصِحُّ إلَّا بدَيْن مَعْلوم ، يصِحُّ السَّلَمُ

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل : ﴿ الحوالة ﴾ .

الشرح الكبير آلأنَّ الحَقَّ انْتَقَلَ عن المُحِيل ، فلم يَعُدْ إليه ، وثَبَت للمُحْتالِ ، فلم يَزُلْ عنه ، ولأنَّ الحَوالَةَ بمَنْزِلَةِ القَبْضِ ، فكأنَّ المُحِيلَ أَقْبَضَ المُحْتالَ

الإنصاف فيه ، مُسْتَقِرٍّ على مُسْتَقِرٍّ . قال في « الرِّعايتَيْن » : إنَّما تَصِحُّ بدَيْنِ مَعْلُومٍ يَصِحُّ السَّلَمُ فيه ، مُسْتَقِرٍّ في الأشْهَرِ ، على دَيْنِ مُسْتَقِرٍّ . قال في « الفائق » : وتَخْتَصُّ صِحَّتُها بِدَيْنِ يصِحُّ فيه السَّلَمُ ، ويُشْتَرَطُ اسْتِقْرارُه ، في أَصحِّ الوَّجْهَين ، على مُسْتَقِرٍّ . قال في « التَّلْخيص ِ » : فلا تصِحُّ الحَوالَةُ بغيرٍ مُسْتَقِرٍّ ، ولا على(١) غيرٍ مُسْتَقِرٌّ . فلا تصِحُّ في مُدَّةِ الخِيارِ ، ولا في الأُجْرَةِ قبلَ اسْتِيفاءِ المَنْفَعَةِ ، ولا ف الصَّداقِ قبلَ الدُّخول . وكذلك دَيْنُ الكِتابَةِ ، على ظاهِرِ كلامِ أَبِي الخَطَّابِ . وقال القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ : تصِحُّ حَوالَةُ المُكاتَبِ لسَيِّدِه بدَيْنِ الكِتابَةِ على مَن له عليه دَيْنٌ ، ويَبْرَأُ العَبْدُ ويَعْتِقُ ، ويَبْقَى الدَّيْنُ في ذِمَّةِ المُحالِ عليه للسَّيِّدِ . انتهى . وأَطْلَقَ في « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروع ِ » ، الوَجْهَين في الحَوالَة بمالِ الكِتابَة ِ ، والمَهْر ،والأُجْرَةِ . وأَطْلَقَهما في ﴿ الحَاوِيَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الفَائقِ ﴾ ، في الحَوالَةِ بدَيْنِ الكِتابَةِ ، والمَهْرِ . وقال الزَّرْكَشِيُّ ، تبَعًا لصاحِب « المُحَرَّر » : الدُّيونُ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ ؛ دَيْنُ سَلَمٍ ، ودَيْنُ كِتَابَةٍ [٢٦/٢ ط] ، وماعَداهما وهو قِسْمان ؛ مُسْتَقِرٌّ ، وغيرُ مُسْتَقِرٌّ ، كَتُمَنِ المَبِيعِ فِي مُدَّةِ الخِيارِ ونحوه . فلا تصِحُّ الحَوالَةُ بدَيْنِ السَّلَمِ ، ولا عليه ، وتصِحُّ بدّيْنِ الكِتابَةِ . على الصَّحيحِ ، دُونَ الحَوالَةِ عليه ، ويَصِحَّان في سائر الدُّيونِ ، مُسْتَقِرِّها وغير مُسْتَقِرِّها . وقيل : لا تصِحُّ على غيرٍ مُسْتَقِرٌّ بحالٍ . وإليه ذهَب أبو محمدٍ ، وجماعَةٌ مِنَ الأصحاب . وقيل : ولا بما ليس بمُسْتَقِرٌّ . وهذا اخْتِيارُ القاضي في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ ، وتَبِعَه أبو الخَطَّابِ ، والسَّامَرِّيُّ . انتهى .

⁽١) زيادة من : ١ .

دَيْنَه (¹) ، فرَجَع عليه به ، ويَأْنُحِذُ المُحْتالُ مِن المُحال عليه . وسَواءٌ تَعَذَّرَ الشرح الكبير القَبْضُ مِن المُحال عليه أو لم يَتَعَذَّرْ . وإن كان بعدَ القَبْض ، لم تَبْطُلْ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَيَرْجِعُ الْمُحِيلُ عَلَى الْمُحْتَالِ به .

> فصل : وإن أحالَ مَن لا دَيْنَ عليه على مَن له عليه دَيْنٌ ، فهي وَكَالَةٌ يَثْبُتُ فيها أَحْكَامُها ، وليست بحَوالةٍ ؛ لأنَّ الحَوالَةَ مَأْخُوذَةٌ مِن تَحْويل الحَقِّ وانْتِقالِه ، ولا حَقَّ هـٰهُنا يَنْتَقِلُ ('ولا') يَتَحَوَّلُ ، وإنَّما جازَتِ

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن مَحَلِّ الْخِلافِ مِنَ المال المُحال عليه ، والمُحال به ، دَيْنُ الإنصاف السَّلَم ؛ فإنَّه لا تصِيحُ الحَوالَةُ عليه ، ولا به ، عندَ الإمام أحمدَ وأصحابه ، إلَّا ما تقدُّم عن بعض ِ الأصحابِ في طَرِيقَتِه ، وكلامَ الزَّرْكَشِيِّ .

> فائدة : في صِحَّةِ الحَوالَةِ ، برأُسِ مالِ السَّلَمِ وعليه ، وَجْهان . وأطْلَقَهما في «المُحَرَّر»، و «شَرْحِه»، و «النَّظْم»، و «الرِّعايتيْن»، و « الحاوِيْيْن » ، و « الفُروعِ ِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ؛ أحدُهما ، لا تصِحُّ . قدَّمه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، في بابِ القَبْضِ والضَّمانِ مِنَ البُّيوعِ ؟ فقال : لايصِحُّ التَّصَرُّفُ في رَأْسِ مالِ السَّلَمِ بعدَ فَسْخِه واسْتِقْرارِه ، بحَوالَةٍ ولا بغيرِها . وقيل : يصِحُّ . انتهى . وتقدُّم ذلك في بابِ السَّلَمِ ، في كلامِ المُصَنِّفِ .

> تنبيه: خرَج مِن كلام المُصَنِّفِ ، لو أحالَ مَن لا دَيْنَ عليه على مَن عليه دَيْنٌ ، فإنَّه لا يُسَمَّى حَوالَةً ، بل وَكالَةٌ في القَبْضِ . ولو أحالَ مَن ("لا دَيْنَ عليه") ، على

⁽١) سقط من : م .

⁽۲ – ۲) في م: ١ و ١ .

⁽٣ – ٣) في الأصل ، ط : ﴿ عليه دين ﴾ وانظر : المغنى ٩/٧ .

الله وَالثَّانِي ، [١١٣] اتُّفَاقُ الدَّيْنَيْنِ فِي الْجِنْسِ ، وَالصِّفَةِ ، وَالْحُلُولِ وَالتَّأْجِيلِ .

الشرح الكبير الوَكَالَةُ بِلَفْظِ الحَوالَةِ ؛ لإشْتِراكِهما في اسْتِحْقاقِ الوَكِيل مُطالِّبةً مَن عليه الدَّيْنُ ، كَاسْتِحْقَاقِ المُحْتَالِ مُطَالَبَةَ المُحَالِ عليه ، وتَحَوُّلُ ذلك إلى الوَكِيلِ كَتَحَوُّلِه إلى المُحْتال . وإن أحالَ مَن عليه دَيْنٌ على مَن لا دَيْنَ عليه ، فليست حَوالَةً . نَصَّ عليه أحمدُ . فلا يَلْزَمُ المُحالَ عليه الأداءُ ، ولا المُحْتالَ القَبُولُ ؛ لأنَّ الحَوالةَ مُعاوَضَةً ، ولا مُعاوَضَةَ هـ هُنا ، وإنَّما هو اقْتِراضٌ . فإن قَبَض المُحْتالُ منه الدَّيْنَ ، رَجَع على المُحِيل ؛ لأنَّه قَرْضٌ . وإن أَبْرأه ، لم تَصِحُّ البَراءَةُ ؛ لأَنَّها بَراءَةٌ لمَن لا دَيْنَ عليه . وإن وَهَبَه إِيَّاه بعدَ أَن قَبَضَه منه ، رَجَعَ المُحالُ عليه على المُحِيلِ به ؛ لآنه قد غَرِم عنه ، وإنَّما عاد إليه المالُ بعَقْدِ مُسْتَأْنَفٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَرْجعَ إليه ؟ لكُوْنِه ما غُرِم عنه شيئًا . وإن أحال من لا دَيْنَ عليه على من لا دَيْنَ عليه ، فهي وَكَالَةٌ فِي اقْتِراضِ ، وليست حَوالَةً ؛ لأنَّ الحَوالَةَ إنَّما تَكُونُ بدِّيْنِ على دَيْن .

الشُّرْطُ (الثَّانِي ، اتِّفاقُ الدَّيْنَيْنِ في الجِنْسِ ، والصِّفَةِ ، والحُلُولِ

فائدة : قُولُه : الثَّانِي ، اتِّفاقُ الدَّيْنَين في الجِنْسِ والصِّفَةِ والحُلُولِ والتَّأْجِيلِ .

الإنصاف مَن لا دَيْنَ عليه ، فهو وَكالَةٌ في اقْتِراض ، لا حَوالَةٌ . ولو أحالَ مَن عليه دَيْنٌ ، على مَن لا دَيْنَ عليه ، فهو وَكَالَةً في اقْتِراضِ أيضًا ، فلا يُصادِفُه . نصَّ عليه . وقال ف ﴿ المُوجَزِ ﴾ ، و ﴿ التَّبْصِرَةِ ﴾ : إنْ رَضِيَ المُحالُ عليه بالحَوالَةِ ، صارَ ضامِنًا ، بَلْنَ مُه الأداء .

والتَّأْجِيلِ ﴾ لأنَّها تَحْوِيلٌ للحَقِّ ونَقْلُ له ، فيَنْتَقِلُ على صِفَتِه ، ويُعْتَبَرُ الشرح الكبير تمَاثُلُهما في الأُمورِ المَذْكُورةِ ؛ أحدُها ، الجِنْسُ ، [٧٩/٤] فَيُحِيلُ مَن عليه ذَهَبٌ بذَهَبٍ ، ومَن عليه فِضَّةٌ بفِضَّةٍ . ولو أحالَ مَن عليه ذَهَبُّ بفِضَّةٍ أو بالعَكْس ، لم يَصِحُّ . الثَّانِي ، الصِّفَةُ ، فلو أحالَ مَن عليه صِحاحٌ بمُكَسَّرةِ ، أو مَن عليه مِصْريَّةٌ بأمِيريَّةٍ ، لم يَصِحُّ . الثَّالِثُ ، الحُلولُ والتَّأْجِيلُ ، ويُعْتَبَرُ اتِّفاقُ أَجَلِ المُوَّجَّلَيْنِ ؛ فإن كان أَحَدُهما حَالًّا والآخَرُ مُؤَّجَّلًا ، أو كان أَحَدُهما إلى شَهْرِ والآخَرُ إلى شَهْرَيْن ، لم تَصِحَّ الحَوالةُ .

بلا نِزاعٍ ^{(ا}فى الجُمْلَةِ ⁽⁾ . ويُشْتَرَطُ أيضًا عِلْمُ المال ، وأنْ يكونَ فيما يصِحُّ فيه الإنصاف السَّلَمُ مِنَ المِثْلِيَّاتِ ، وفي غيرِ المِثْلِيِّ ، كمَعْدُودٍ ومَذْروعٍ ، وجَهْان . وأطْلَقهما ف « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « الفُـروع ِ » ، و « الفائــق ِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » . وقال في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » : إنَّما تصِحُّ بدَيْن ٍ مَعْلُومٍ ، يَصِحُّ السَّلَمُ فيه . وأَطْلَقا ، في إِبلِ الدِّيَةِ ، الوَجْهِين ؛ أحدُهما ، تَصِحُّ ف المَعْدودِ ، والمَذْروعِ . قال القاضي في « المُجَرَّدِ » : تجوزُ الحَوالَةُ بكُلِّ ماصحً السَّلَمُ فيه ، وهو مايُضْبَطُ بالصِّفاتِ ، سواءٌ كان له مِثْلٌ ؛ كالأدْهانِ ، والحُبُوبِ ، والثِّمارِ ، أو لا مِثْلَ له ؛ كالحَيَوانِ(٢) ، والنِّياب . وقد أوْمَأُ إليه أحمدُ في روايَةِ الأَثْرَمِ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ في ﴿ شَرْحِه ﴾ . قال النَّاظِمُ : تَصِحُّ فيما يَصِحُّ السَّلَمُ فيه . والوَجْهُ الثَّانِي ، لاتصِحُّ . قال الشَّارِحُ : ويَحْتَمِلُ أَنْ يُخَرَّجَ هذان الوَجْهان على الخِلافِ فيما يقْضِي (٢) به قَرْضُ هذه الأَمْوال . انتهى . وأمَّا الإبل ، فقال

⁽۱ - ۱) زیادة من : ۱ .

⁽٢) في الأصل ، ط : ﴿ كَالْحِبُوبِ ﴾ .

⁽٣) في الأصل ، ط : (يقتضى) .

الشرح الكبير ولو كان الحَقّان حالَّيْن ، فشَرَط على المُحْتال أن يُؤِّخِّرَ حَقَّه أو بعْضَه إلى أَجَلِ ، لم تَصِحُّ الحَوالةُ ؛ لأنَّ الحالُّ لا يَتَأَجُّلُ ، ولأنَّه شَرَط ما لو كان ثايِتًا في نَفْسِ الأَمْرِ لم تَصِحُّ الحَوالَةُ ، فكذلك إذا اشْتَرَطَه . فإذا اجْتَمَعَتْ هذه الأُمُورُ ، وصَحَّتِ الحَوالَةُ ، فتَراضَيا بأن يَدْفَعَ المُحالُ عليه إلى المُحْتالِ خَيْرًا مِن حَقَّه ، أو رَضِيَ المُحْتالُ بدُونِ الصِّفَةِ ، أو رَضِيَ مَن

الشَّارِ حُ : لو كان عليه إبلُّ مِنَ الدُّيَّةِ ، وله على آخَرَ مِثْلُها في السِّنِّ ، فقال القاضي : تصِحُّ ؛ لأنَّها تَخْتَصُّ بأقلِّ ما يقَعُ عليه الاسمُ في السِّنِّ والقِيمَةِ ، وسائر الصِّفاتِ . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تصِحُّ في أَحَدِ الوَجْهَين ؛ لأنَّها مَجْهولَةٌ . وإنْ كان عليه إبلَّ مِن دِيَةٍ ، وله على آخَرَ مِثْلُها قَرْضًا ، فأحالَه ؛ فإنْ قُلْنا : يرُدُّ في القَرْض قِيمَتها . لم تصِحُّ الحَوالَةُ ؛ لاخْتِلافِ الجِنْسِ . وإنْ قُلْنا : يرُدُّ مِثْلَها . اقْتَضَى قَوْلُ القاضي صِحَّةَ الحَوالَةِ . وإنْ كانتْ بالعَكْس ، فأحالَ المُقْرِضَ بإبل ، لم يصِحَّ . انتهى .

تنبيه : قَوْلُه : اتِّفاقُ الدَّيْنَين في الجنْس . كالذَّهَب بالذَّهَب ، والفِضَّةِ بالفِضَّةِ ، ونحوهما . والصِّفَةُ ، كالصِّحاحِ بالصِّحاحِ ، وعكْسِه . فلو أحالَ من عليه دَراهِمُ دِمَشْقِيَّةٌ بدَراهِمَ عُثْمانِيَّةٍ ، لم تصِحُّ . قطَع به المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ ، وابنُ رَزِينِ ، وغيرُهم . قال الزَّرْكَشِيُّ : وكذلك لا تصِحُّ عندَ (١) مَن أَلحَقَها بالمُعاوَضَةِ ؛ (١ إِذِ اشْتِراطُ " التَّفاوُتِ فيهما مُمْتَنِعٌ ، كالقَرْض . وأمَّا مَن ألحَقَها بالاسْتِيفاء ، فقال(٢): إِنْ كَان تَفَاوُتًا يُجْبَرُ على أُخْذِه عندَ بَذْلِه ، كَالْجَيِّدِ عن الرَّدِيءِ ، صحَّتْ ، وإلَّا فلا . انتهى .

⁽١) في الأصل ، ط : ١ عنه ١ .

 ⁽٢ - ٢) في الأصل ، ط: « إذا اشترط » ..

⁽٣) في الأصل ، ط : ﴿ وَقَالَ ﴾ .

عليه المُوَّجُّلُ بَتَعْجِيلِه ، أو مَن له الحالُّ بإنظارِه ، جاز ؛ لأنَّ ذلك يَجُوزُ الشرح الكبير في القَرْضِ ، ففي الحَوالَةِ أُوْلَى . فإن مات المُحِيلُ أو المُحْتالُ ، فالأَجَلُ بِحالِه . وإن ماتَ المُحالُ عليه ، انْبَنَى على حُلُولِ الدَّيْنِ بالمَوْتِ ، وفيه روايَتان .

الشَّرْطُ (الثَّالِثُ ، أَن يُجِيلَ برِضاه) لأنَّ الحَقَّ عليه ، فلا يَلْزَمُه أَداؤُه مِن جِهَةِ الدَّيْنِ الذي على المُحالِ عليه . ولا خِلافَ في هذا .

فصل: ويُعْتَبَرُ لَصِحَّةِ الْحَوالَةِ أَن تَكُونَ بِمَالٍ مَعْلُومٍ ؛ لأَنَّهَا إِن كَانت تَحَوُّلَ الْحَقِّ، فَيُعْتَبَرُ فِيهِ التَّسْلِيمُ ، وَالْجَهَالَةُ تَمْنَعُ منه ، فَتَصِحُّ بكلِّ مَا يَثْبُتُ مِثْلُه (') في الذِّمّةِ بالإِثلافِ مِن الأَثْمانِ والْحُبُوبِ والأَدْهانِ ، ولا تَصِحُّ فيما لا يُصِحُّ السَّلَمُ فيه ؛ لأَنَّه لا يَثْبَتُ في الذَّمَّةِ ، ومِن شَرْطِ الْحَوالَةِ تَساوِى الدَّيْنَيْن . فأمّا ما يَثْبُتُ في الذَّمَّةِ مَلْمَا غيرَ المِثْلِيّاتِ ، كالمَعْدُودِ والمَذْرُوعِ ، ففي صِحَّةِ الْحَوالَةِ به سَلَمًا غيرَ المِثْلِيّاتِ ، كالمَعْدُودِ والمَذْرُوعِ ، ففي صِحَّةِ الْحَوالَةِ به مَلْمًا غيرَ المِثْلِيّاتِ ، كالمَعْدُودِ والمَذْرُوعِ ، ففي صِحَّةِ الْحَوالَةِ به وَجُهان ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المِثْلَ فيه لا يَتَحَرَّرُ ، و لهذا لا يُضْمَنُ بمِثْلِه في الإِثْلافِ . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعيّ . والثّانِي ، يَصِحُّ . ذكرَه بمِثْلِه في الإِثْلافِ . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعيّ . والثّانِي ، يَصِحُّ . ذكرَه القاضِي ؛ لأَنَّه حَقَّ ثَابِتُ في الذِّمَّةِ ، فأَشْبَهُ ما له مِثْل . ويَحْتَمِلُ أَن يُخرَّجَ ولا اللهَ عَلْ الْوَجْهان على الْخِلافِ فيما يَقْضِي به قَرْضَ هذه الأَمُوالِ ، فإن كان هذان الوَجْهان على الْخِلافِ فيما يَقْضِي به قَرْضَ هذه الأَمُوالِ ، فإن كان

قوله : والثَّالثُ ، أَنْ يُحِيلَ برِضاه ، ولا يُعْتَبَرُ رِضَا المُحالِ عليه ، ولا رِضَا الإنصاف

⁽١) سقط من : م .

الشرح الكبير عليه إبلٌ مِن الدِّيةِ ، وله على آخَرَ مِثْلُها في السِّنِّ ، فقال القاضِي: تَصِحُّ ؟ لأُنُّها تَخْتَصُّ بأُقَلِّ ما يَقَعُ عليه الاسْمُ في السِّنِّ والقِيمَةِ وسائرِ الصِّفاتِ. وقال أبو الخَطَّابِ : لا تَصِحُّ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأَنَّها مَجْهُولَةٌ ، ولأَنَّ الإِبِلَ ليست مِن المِثْلِيّاتِ التي تَضْمَنُ بمِثْلِها في الإِثْلافِ ، فلا تَثْبُتُ في الذُّمَّةِ سَلَمًا [٢٩/٤] في روايَة . وإن كان عليه إبِلَّ مِن (١) دِيَة ، وله على آخَرَ مِثْلُها قَرْضًا ، فأحالَه عليه ، فإن قُلْنا : يَرُدُّ فَ(") القَرْضِ قِيمَتَها . لم تَصِحُّ الحَوالَةُ ؛ لِاخْتِلافِ الجنْس . وإن قُلْنا : يَرُدُّ مِثْلَها . اقْتَضَى قُولُ القاضِي صِحَّةَ الحَوالَةِ ؛ لأنَّه أمْكَنَ اسْتِيفاءُ الحَقِّ على صِفَتِه مِن المُحالِ. عليه ، ولأنَّ الخِيَرَةَ في التَّسْلِيمِ إلى مَن عليه الدِّيَّةُ ، وقد رَضِيَ بتَسْلِيمِ ما له في ذِمَّةِ المُقْتَرِض . وإن كانت بالعَكْسِ ، فَأَحالَ^{٣)} المُقْرِضَ بإبلِ الدِّيةِ ، لم يَصِحُّ ؛ لأنَّنا إن قُلنا : تَجبُ القِيمَةُ في القَرْض . فقد اخْتَلَفَ الجنْسُ . وإن قُلْنا : يَجِبُ المِثْلُ . فلِلْمُقْرِضِ مِثْلُ ما أَقْرَضَ في صِفاتِه وقِيمَتِه ، والذي عليه الدِّيّةُ لا يَلْزَمُه ذلك .

١٨٥٧ – مسألة : (ولا يُعْتَبَرُ رضا المُحالِ عليه ، ولا رِضا

الإنصاف المُحتالِ، إنْ كان المُحالُ عليه مَلِيتًا . لا يُعْتَبَرُ رِضًا المُحتّالِ إذا كان المُحالُ عليه مَلِيئًا . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، فيُجْبَرُ على قَبُولِها . وهو

⁽١) في م: ﴿ فِي ﴾ .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) في م : ﴿ فَاحْتَالَ ﴾ .

المُحْتَالِ إِن كَانَ المُحَالُ عليه مَلِيثًا) أمّا المُحَالُ عليه فلا يُعْتَبَرُ رِضاه ؟ لأَنَّ للمُحِيلِ ('' أَن يَسْتَوْفِي الحَقَّ بِنَفْسِه وبِوَكِيلِه ، وقد أقامَ المُحْتَالَ مُقامَ لأَنْ للمُحِيلِ ('' أَن يَسْتَوْفِي الحَقَّ بِنَفْسِه وبِوَكِيلِه ، وقد أقامَ المُحْتَالَ مُقامَ نَفْسِه فِي القَبْضِ ، فلَزِمَ المُحَالَ عليه الدَّفْعُ إليه ، كالوَكِيلِ ، وإنما تُعْتَبُرُ المَلاءَةُ فِي رِضَا المُحْتَالِ . ('والمَلِيءُ : القادِرُ على الوَفاءِ ، غيرُ المُعاطِلِ . جاءَ في الحَدِيثِ عن النبيِّ عَنْقِلِهِ أَنَّ الله تعالى يَقُولُ : (مَنْ '' المُماطِلِ . جاءَ في الحَدِيثِ عن النبيِّ عَنْقِلِهِ أَنَّ الله تعالى يَقُولُ : (مَنْ '') يُقْرِضُ الْمَلِي غَيْرَ الْمُعْدِمِ ('') . وقال الشّاعِرُ ('') :

تُطِيلِينَ لَيّانِى وأَنْتِ مَلِيئَةً وأُحْسِنُ يا ذاتَ الوِشاحِ التَّقاضِيَا يَعْنِى قادِرَةً على وَفائِي . قال أحمدُ فى تَفْسِيرِ المَلِيءِ : أَن يَكُونَ مَلِيئًا بَعْنِى قادِرَةً على وَفائِي . قال أحمدُ فى تَفْسِيرِ المَلِيءِ : أَن يَكُونَ مَلِيئًا بَعْنِى قَادِرَةً على مَن هذه صِفَتُه ، لَزِم المُحْتالَ والمُحالَ بَعْلِهِ وَقَوْلِهِ وَبَدَنِه . فمتى أُحِيلَ على مَن هذه صِفَتُه ، لَزِم المُحْتالَ والمُحالَ

الإنصاف

مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، يُعْتَبَرُ رِضاه . ذكَرَها ابنُ هُبَيْرَةَ ، ومَن بعدَه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، فسَّر الإمامُ أحمدُ رَضِى الله عنه المَلِىءَ ، فقال : هو أَنْ يكونَ مَلِيعًا بمالِه (٥) وقوْلِه وبدَنِه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . زادَ فى « الرِّعايَةِ الصَّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، أو فِعْلِه . وزادَ فى « الكُبْرَى » عليهما وتَمَكَّنِه (١) مِنَ الأَداءِ .

⁽١) في الأصل: ﴿ للمحتال ﴾ .

رب) (۲ – ۲) سقط من : م .

⁽٣) أخرجه مسلم بمعناه ، في : باب الترغيب في الدعاء والذكر .. ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٢٠/١ ه.

⁽٤) البيت لذي الرمة ، وهو في ديوانه ١٣٠٦/٢ .

⁽٥) في الأصل: ﴿ حاله ﴾ .

⁽٦) في الأصل ، ط : ﴿ وَعَلَيْهِ ﴾ .

الشرح الكبير عليه القَبُولُ ، و لم يُعْتَبَرْ رضاهُما . وقال أبو حنيفة : يُعْتَبَرُ رضاهُما ؟ لأنَّه مُعاوَضَةٌ ، فيُعْتَبَرُ الرِّضا مِن المُتَعاقِدَيْن . وقال مالِكٌ ، والشافعيُّ : يُعْتَبَرُ رضا المُحْتال ؛ لأنَّ حَقَّه في ذِمَّةِ المُحِيل ، فلا يَجُوزُ نَقْلُه إلى غير ها بغير رِضاه ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَن يُجْبِرَه على أَن يَأْخُذَ بِالدَّيْنِ عَرْضًا(١) . فأمّا المُحالُ عليه ، فقال مالِكُ : لا يُعْتَبَرُ رضاه ، إلَّا أَن يَكُونَ المُحْتالُ عَدُوَّه . وللشافعيِّ في اعْتِبارِ رِضاه قَوْلان ؛ أحدُهما ، يُعْتَبَرُ . وهو يُحْكَى عن الزُّهْرِيِّ ؛ لأنَّه أَحَدُ مَن تَتِمُّ به الحَوالَةُ ، فأشْبَهَ المُحِيلَ . والثَّانِي ، لا يُعْتَبَرُ ؟ لأنَّه أَقَامَه في القَبْض مُقامَ نَفْسِه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى رِضا مَن عليه الحَقُّ ، كَالتَّوْكِيلِ . وَلَنَا ، قُولُ النَّبِيِّ عَلِيْكُ : ﴿ إِذَا أَتَّبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » . ('مُتَّفَقٌ عليه') . ولأنَّ للمُحِيلِ أن يُوَفِّيَ الحَقَّ الذي عليه بنَفْسِه وبوَكِيلِه ، وقد أقامَ المُحالَ عليه مُقامَ نَفْسِه في التَّقْبيض ، فلَزمَ المُحْتَالَ (٣) القَبُولُ ، كما لو وَكُلَ رجلًا في إيفائِه . وفارَقَ ما إذا أرادَ أن يُعْطِيَه عمًّا في ذِمَّتِه عَرْضًا ؟ لأنَّه يُعْطِيه غيرَ ما وَجَب له ، فلم يَلْزَمْه قَبُولُه .

الإنصاف وقيل: هو المَلِئُ بالقَوْلِ والأمانَةِ ، وإمْكانِ (١) الأَداء . قال الزَّرْكَشِيُّ عن تفْسير الإِمامِ أَحْمَدَ : الذي يَظْهَرُ أَنَّ المَلِيِّ بالمال ، أَنْ يَقْدِرَ على الوَفاءِ ، والقَوْلِ ، أَنْ لا يكُونَ مُماطِلًا ، والبَدَنِ أَنْ يُمْكِنَ خُضُوره إلى مَجْلِس الحُكْم . [١٢٧/ر] الثَّانيةُ ، يَبْرَأُ المُحِيلُ بمُجَرَّدِ الحَوالَةِ ، ولو أَفْلَسَ المُحالُ عليه ، أو جحَد ، أو ماتَ .

⁽١) في م: (عوضا) .

⁽٢ - ٢) سقط من : م . والحديث تقدم تخريجه في صفحة ٨٩ .

⁽٣) في ق : (المحال) .

⁽٤) في الأصل ، ط: (المكان) .

وإن لم يَكُنِ المُحالُ عليه [١٠/٨ و] مَلِيتًا ، لم يَلْزَمْه أَن يَحْتَالَ ؛ لَمَفْهُومِ الْحَدِيثِ ، وَلأَنَّ عليه ضَرَرًا فى ذلك ، فلم يَلْزَمْه ، كما لو بَذَلَ له دُونَ حَقَّه فى الصَّفَة .

فصل: فإن شَرَط المُحْتالُ مَلاءَة المُحالِ عليه ، فبانَ مُعْسِرًا ، رَجَعِ على المُحِيلِ . وبه قال بعضُ الشّافِعِيَّةِ ، وقال بعضُهم : لا يَرْجِعُ ؛ لأنْ الحَوالَة لا تُرَدُّ بالإعْسارِ ، وإذا لم يَشْتَر طِالمَلاءَة ، فلا تُرَدُّ به ، وإن شَرَط ، كا لو شَرَط كَوْنَهُ مُسْلِمًا . ويُفارِقُ البَيْعَ ، فإنَّ الفَسْخَ يَثْبُتُ بالإعْسارِ فيه مِن غيرِ شَرْطٍ ، بخِلافِ الحَوالَةِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ عَلِيَّالَةٍ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »(١) . ولأنَّه شَرَط ما فيه مَصْلَحَةُ العَقْدِ في عَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فيثُبُتُ الفَسْخُ بفواتِه ، كا لو شَرَط صِفَةً في المَبِيعِ ، وقد يَثْبُتُ بالشَّرْطِ ما لا يَثْبُتُ الفَسْخُ بالطَّلاقِ العَقْدِ ، بدَلِيلِ اشْتِراطِ صِفَةً في المَبِيعِ .

الإنصاف

على الصَّحيح مِنَ المذهبِ . ونقلَه الجماعَةُ عن الإمام أحمدَ . وصحَّحه القاضى يَعْقُوبُ . قال النَّاظِمُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » : هذا المَشْهورُ عن أحمدَ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْنِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِييْن » ، و « الفُروع » ، وغيرهم . وعنه لايْبرُأُ إلَّا برِضَا المُحْتَالِ ؛ فإنْ أبى ، أجْبَرَه الحاكِمُ ، لكِنْ تَنْقَطِعُ المُطالَبَةُ بمُجَرَّدِ الحَوالَةِ . وقال فى « الفائقِ » : وعنه ، لايْبرَأُ مُطْلَقًا . وهو ظاهِرُ كلامِ الْجرَقِيِّ ، وتُفِيدُ الإِلْزامَ فقط . ذكرَها فى « النُّكَتِ » . وهو المُخْتَارُ . انتهى . فهذه روايَةٌ ثالِئَةٌ ، قلَّ مَن ذكرَها . وأطلَقَ الرَّوايتَيْن الأُولَتَيْن فى « المُحَرَّدِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » . قال فى « القاعِدةِ الثَّالِئةِ والعِشْرِين » : وَمَبْنَى الرَّوايتَيْن ، أنَّ

⁽١) تقدم تخريجه في ١٤٩/١٠ .

المَنع وَإِنْ ظَنَّهُ مَلِيتًا ، فَبَانَ مُفْلِسًا ، وَلَمْ يَكُنْ رَضِيَ بِالْحَوَالَةِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ .

الشرح الكبير

١٨٥٨ – مسألة : ﴿ وَإِنْ ظُنَّهُ مَلِيثًا ، فبانَ مُفْلِسًا ، وَلَمْ يَكُنْ رَضِيَ بالحَوالَةِ ، رَجَع عليه ، وإلَّا فلا . ويَحْتَمِلُ أَن يَرْجِعَ) أمَّا إذا لم يَرْضَ المُحْتالُ بالحَوالَةِ ، ثم بان المُحالُ عليه مُفْلِسًا أو مَيَّتًا ، رَجَع على المُحِيلِ ، بغير خِلافٍ ؛ فإنَّه (١) لا يَلْزَمُه الاحْتِيالُ على غيرِ المَلِيءِ ؛ لِما عليه فيه مِن الضَّرَرِ ، وإنَّما أَمَرَ النبيُّ عَيْكُ بقَبُولِ الحَوالَةِ على المَلِيءِ . وإن كان رَضِيَ بالحَوَالَةِ ، لم يَرْجِعْ ؛ لأَنَّه رَضِيَ بدُونِ حَقِّه . ويَحْتَمِلُ أَن يَرْجِعَ ؛ لأَنَّ الْفَلَسَ عَيْبٌ فِي الذِّمَّةِ ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى شيئًا يَظُنُّه سَلِيمًا فبان مَعِيبًا .

الإنصاف الحَوالَةَ ، هل هي نَقْلُ للحَقِّ أو تَقْبيضٌ ؟ فإنْ قُلْنا : هي نَقْلُ للحَقِّ . لم يُعْتَبَرْ لها قَبُولٌ . وإِنْ قُلْنا : هي تَقْبيضٌ . فلابُدُّ مِنَ القَبْضِ بالقَوْلِ ، وهو قَبُولُها ، فيُحْبَرُ المُحْتالُ عليه . انتهى . فعلى الرِّوايَةِ الثَّانِيَةِ ، قال في « الفُروعِ » : يتَوَجَّهُ أَنَّ للمُحْتالِ مُطَالَبَةَ المُحِيلِ قبلَ إِجْبارِ الحاكِم ِ . وذكر أبو حازِم ٍ ، وابْنُه أبو يَعْلَى ، ليس له المُطالبَةُ ، كتَعْيينِه كِيسًا فيريدُ غيرَه .

قوله : وإنْ ظَنَّه مَلِيتًا ، فبانَ مُفْلِسًا ، و لم يَكُنْ رَضِيَ بالحَوالَةِ ، رَجَع عليه ، وإلا فلا . هنا مَسائلُ ؛ الأُولَى ، لو رَضِيَ المُحْتالُ بالحَوالَةِ مُطْلَقًا ، بَرِئَ المُحِيلُ . الثَّانيةُ ، لو ظهَر أنَّه مُفْلِسٌ ، مِن غير شَرْطٍ ولا رِضًا مِنَ المُحْتالِ ، وهي إحْدَى مَسْأَلْتَى ِ المُصَنِّفِ ، رجَع ، بلا نِزاع م . الثَّالثةُ ، لو رَضِيَ بالحَوالَةِ ، و لم يَشْتَرِط اليَسارَ وَجهلَه ، أو ظَنَّه مَلِيئًا ، فبانَ مُفْلِسًا ، وهي مَسْأَلَةُ المُصَنِّفِ الثَّانيةِ ، بَرئ

⁽١) في م : ﴿ و ﴾ .

وَإِذَا أَحَالَ الْمُشْتَرِى الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ ، أَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَيْهِ بِهِ ، فَبَانَ السَّعَ الْبَيْعُ بَاطِلًا ، فَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ .

١٨٥٩ - مسألة : (وإذا أحالَ المُشْتَرِى البائِعَ بالثَّمَنِ ، أو أحالَ الشرح الكير البائِعُ عليه به ، فبان البَيْعُ باطِلًا ، فالحَوالَةُ باطِلَةٌ) مثلَ أن يَشْتَرِى عَبْدًا ، فيُحِيلُ المُشْتَرِى البائِعَ بتَمَنِه (١) ، ثم يَظْهَرُ العَبْدُ حُرًّا أو مُسْتَحَقًا ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، والحَوالَةُ باطِلةٌ ؛ لأَنَّا تَبْيَنَا أن لا ثَمَنَ على المُشْتَرِى . وكذلك إن أحالَ البائِعُ على المُشْتَرِى . وكذلك إن أحالَ البائِعُ على المُشْتَرِى أَجْنَبِيًّا بالثَّمَن متى بَطَل البَيْعُ بَطَلتِ الحَوالَةُ ؛ لذلك . والحُرِّيَّةُ إنَّما تَثْبُتُ بِبَيِّنَةٍ أو اتّفاقِهم ، فإنِ اتَّفَقَ المُحِيلَ والمُحالُ عليه على حُرِّيّتِه ، وكذَبُهما المُحْتالُ ، ولا بَيِّنَةً بذلك ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما

المُحِيلُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ (٢) عليه ، وعليه الأصحابُ . ويَحْتَمِلُ الإنصاف أَنْ يَرْجِعَ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . ذكرَها المُصَنِّفُ في « المُغنِي » . وقال : وبه قال بعضُ أصحابِنا . وذكرَه بعضُهم وَجْهًا ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به ابنُ رَزِين في « إليَّ المُعايَتِه » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « السِّعايتَيْن » ، و « الحَاوِيَيْن » ، و « الحَاوِيَيْن » . وهي طَرِيقَةُ ابنِ البَنَّا . الرَّابعةُ ، لو شرَط المُحِيلُ أنَّ المُحالَ عليه مَلِيُّ ، ثم تبيَّنَ عُسْرَتَه ، وجَع المُحْتالُ عَلى المُحِيلُ ، بلا نِزاعٍ . وتقدَّم إذا أحالَه على مَلِيءٍ .

قوله : وإذا أحالَ المُشْتَرِى البائعَ بالثَّمَنِ ، أو أحالَ البائعُ عليه به ، فبانَ البَيْعُ باطِلًا ، فالحَوالَةُ باطِلَةٌ . بلا نِزاعٍ .

⁽١) في م : ﴿ بِالثَّمْنِ ﴾ .

⁽٢) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير عليه ؛ لأنَّهما يُبْطِلانِ حَقَّه ، فأشْبَهَ ما لو باع المُشْتَرِى العَبْدَ ثم اعْتَرَفَ هو وبائِعُه أنَّه كان حُرًّا ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما على المُشْتَرِى الثَّانِي . وإن أقاما بَيُّنَةً ، لم تُسْمَعْ ؛ لأنَّهما كَذَّباها بدُخُولِهما في التَّبايُع ِ . وإن أِقامَ العَبْدُ بَيُّنَةً بحُرِّيَّتِه ، قُبلَتْ ، وبَطَلَتِ الحَوالَةُ . وإن صَدَّقَهما المُحْتالُ ، وادَّعَى أنَّ الحَوالَةَ بغير ثَمَن العَبْدِ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ صِحَّةُ الحَوالَةِ ، وهما يَدُّعِيان بُطْلانَها ، فكانت جَنْبَتُه أَقْوَى . فإن أقام البَيِّنَةَ أَنَّ الحَوالَةَ كانت بالثَّمَن ، قُبلَتْ ؛ لأنَّهما لم يُكَذِّباها . [٨٠/٤] وإنِ اتَّفَقَ المُحِيلُ والمُحْتالُ على حُرِّيَّةِ العَبْدِ ، وكَذَّبَهما المُحالُ عليه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما عليه في حُرِّيَّةِ العَبْدِ ؛ لأنَّه إقْرارٌ على غيرِهما ، وتَبْطُلُ الحَوالَةُ ؛ لِاتُّفاقِ المَرْجُوعِ عليه بالدُّيْنِ والرَّاجِعِ به على اسْتِحْقاقِ الرُّجُوعِ ، والمُحالُ عليه يَعْتَر فُ للمُحْتال بدَيْنِ لا يُصَدِّقُه فيه ، فلا يَأْخُذُ منه شيئًا . وإنِ اعْتَرفَ المُحْتالُ والمُحَالُ عليه بحُرِّيَّةِ العَبْدِ عَتَق ؛ لإقرار مَن هو في يَدِه بحُرِّيَّتِه ، وبَطَلتِ الحَوالَةُ بالنَّسْبةِ إليهما ، و لم يَكُنْ للمُحْتالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ؛ لأنَّ دُخُولَه معه في الحَوالَةِ اعْتِرافٌ بِبَراعَتِه ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ عليه ..

• ١٨٦ - مسألة : (فإن فُسِخَ العَقْدُ بعَيْبِ أو إِقالَةٍ ، لم تَبْطُل الحَوالَةُ ﴾ يَعْنِي إذا فُسِخَ العَقْدُ بعَيْبٍ أو إقالَةٍ بعدَ القَبْضِ ، فيما إذا أحالَ

قوله : وإنْ فُسِخَ البَيْعُ بعَيْبٍ أو إقالَةٍ ، لم تَبْطُل ِ الحَوالَةُ . (إذا فُسِخَ البَيْعُ

الإنصاف

⁽١- ١) سقط من: الأصل، ط.

المُشْتَرِى البائِعَ بالنَّمَنِ ، فقد بَرِئَ المُحالُ عليه ؛ لأَنَّه قَبَض منه بإذْنِه ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائِعِ . فإن كان ذلك قبلَ القَبْضِ ، فقال القاضِى : تَبْطُلُ الحَوالَةُ ، ويَعُودُ المُشْتَرِى إلى ذِمَّةِ المُحالِ عليه ، ويَبْرَأُ البائِعُ ، فلا يَنْقَى له دَيْنٌ ولا عليه ؛ لأنَّ الحَوالَة بالثَّمَنِ ، وقد سَقَط بالفَسْخِ ، فَيجِبُ أَن تَبْطُلُ الحَوالَةُ لذَهابِ حَقِّه مِن المالِ المُحالِ به . وقال أبو الخطّاب : لا تَبْطُلُ ، فى أحدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ المُشْتَرِى عَوَّضَ البائِعَ عمّا فى ذِمَّتِه ما لا تَبْطُلُ ، فى أحدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ المُشْتَرِى عَوَّضَ البائِعَ عمّا فى ذِمَّتِه ما لا تَبْطُلُ ، فى أحدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ المُشْتَرِى ، فلم يَبْطُلُ ذلك بفَسْخِ العَقْد ، وبَرِئَ المُشتَرِى ، فلم يَبْطُلُ ذلك بفَسْخِ العَقْد ، لم يَرْجِعْ وبَرِئَ المُحالِ عليه مِن دَيْنِ المُشْتَرِى ، فلم يَبْطُلُ ذلك بفَسْخِ العَقْد ، لم يَرْجِعْ الثَّوْبِ ، كا لو أعْطاه بالثَّمَن ثَوْبًا وسَلَّمَه إليه ، ثم فَسَخ العَقْد ، لم يَرْجِعْ الثَّوْبِ ، كذا همُ الله المُعلَق المُحالِ عليه بدَيْنِه ، ولم يَبْقُ () بينَهما وبينَ البائِع معامَلَة . وإن قُلْنا : لا تَبْطُلُ . عليه بدَيْنِه ، ولم يَبْقَ () بينَهما وبينَ البائِع معامَلَة . وإن قُلْنا : لا تَبْطُلُ .

الإنصاف

بعَيْبٍ ، أو إِقَالَةٍ ، أو خِيارٍ ، أو انفسخَ النَّكَاحُ بعدَ الحَوالَةِ بينَ الزَّوجَيْن ونحوِها ، فلا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يكونَ بعدَ قَبْضِ المُحْتالِ مالَ الحَوالَةِ ، أو قبلَه ، فإنْ كان بعدَ القَبْضِ ، لم تَبْطُلِ الحَوالَةُ ، ، قو لا واحدًا . قالَه ابنُ مُنَجَّى في « شَرْحِه » . وجزَم به في « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، والمُصَنِّفُ هنا ، وغيرُهم . فعلى هذا ، للمُشتَرِى الرُّجوعُ على البائع ِ ، في مَسْأَلَتَى حَوالَتِه والحَوالَةِ عليه ، لا على مَن كان عليه الدَّيْنُ في المَسْأَلَةِ الأُولَى ، ولا على مَن أُحِيلَ عليه في الثَّانِيَةِ . وإنْ كان قبل عليه الدَّيْنُ في المَسْأَلَةِ الأُولَى ، ولا على مَن أُحِيلَ عليه في الثَّانِيَةِ . وإنْ كان قبل القَبْضِ ، لم تَبْطُلِ الحَوالَةُ أَيضًا . على الصَّحيح مِنَ المذهبِ ، سواءً أُحِيلَ على المُشْتَرِى بَثَمَنِ المَبِيعِ ، أو أحالَ به ، كما لو أعْطَى البائعَ بالثَّمَن عَرْضًا . جزَم المُشْتَرِى بَثَمَنِ المَبِيعِ ، أو أحالَ به ، كما لو أعْطَى البائعَ بالثَّمَن عَرْضًا . جزَم

⁽١) سقط من : الأصل .

المَنه ۗ وَلِلْبَائِع ِ أَنْ يُحِيلَ الْمُشْتَرِىَ عَلَى مَنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرِى عَلَيْهِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى ، وَلِلْمُشْتَرِى أَنْ يُحِيلَ المُحْتَالَ عَلَيْهِ عَلَى الْبَائِعِ ِ

الشرح الكبير رَجَعَ المُشْتَرِي على البائِع ِ بالثمن ِ ، ويَأْخُذُه البائِعُ مِن المُحالِ عليه . وإن كانتِ المَسْأَلَةُ بحالِها ، لكن أحالَ البائِعُ أَجْنَبِيًّا بالثَّمَنِ على المُشْتَرِي ، ثْمَ رَدَّ العَبْدَ المَبيعَ ، ففي الحَوالَةِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّ ذِمَّةَ المُشْتَرِي بَرِئَتْ بالحَوالَةِ مِن حَقِّ البائِعِ ، وصار الحَقُّ عليه للمُحْتالِ ، فأشْبَهَ ما لو دَفَعَه المُشْتَرِي إلى المُحِيلِ. فعلى هذا ، يَرْجِعُ المُشْتَرِي على البائِع ِ بالثَّمَن ، ويُسَلِّمُ للمُحْتال ما أحالَه به . والثَّانِي ، تَبْطُلُ الحَوالَةُ إِن كان الرَّدُّ قبلَ القَبْضِ ؛ لسُقُوطِ الثَّمَنِ الذي كانتِ الحَوالَةُ به ، ('ولأنَّه') لا فائِدَةً في بَقاءِ الحَوالَةِ ، فيَعُودُ البائِعُ بدَيْنِه ، ويَبْرَأُ المُشْتَرِي منهما ، كالمسألةِ قبلَها .

١٨٦١ – مسألة : ﴿ وَلَلْبَائِعِ ِ أَنْ يُحِيلُ الْمُشْتَرِيَ عَلَى مَن أَحَالُه المُشْتَرِى عليه في الصُّورَةِ الأُولَى ، وللمُشْتَرِي أِن يُحِيلَ المُحْتالَ عليه على البائِع ِ فى الثَّانِيَةِ ﴾ إذا قُلْنا : إنَّ الحَوالَةَ لا تَبْطُلُ . ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَن تَبْطُلَ

وللبائع ِ أَنْ يُحِيلَ المُشْتَرِيَ على مَن أحالَه المُشْتَرِي عليه ، في الصُّورَةِ الأولَى ،

الإنصاف به في « الوَجيزِ » ، « والمُنَوِّرِ » ، و « مُثْتَخَبِ الآدَمِيِّ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم . وقدَّمه المُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ ، وغيرُهم . والحُكْمُ على هذا كالحُكْم ِ فيما إذا كان بعدَ القَبْض ِ ، على ما تقدُّم .

⁽۱ – ۱) في م : ډ و ۽ .

إذا لم يَكُنْ قَبَضَها) وقد ذَكَرْناه . [٨١/٤]

فصل: إذا أحالَ رجلًا على زَيْدٍ بِأَلْفٍ ، فأحالَه زَيْدٌ بها على عَمْرٍ و ، فالحَوالَةُ صَحِيحَةٌ ؛ لأنَّ حَقَّ الثّانِي ثابِتٌ مُسْتَقِرٌ في الذِّمَّةِ ، فصَحَّ أن يُحِيلَ به ، كالأوَّلِ . وهكذا لو أحالَ الرجلُ عَمْرًا على زَيْدٍ بما ثَبَتَ له في ذِمَّتِه ،

الإنصاف

وللمُشْتَرِى أَنْ يُحِيلَ المُحْتالَ عليه على البائع في الصُّورَةِ الثَّانيةِ . و يَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ . وهو وَجْهٌ ، كالو ('بانَ البَيْعُ ') باطِلًا ببَيْنَة ، أو اتفاقِهما ، ولا تَفْرِيعَ عليه . وجزَم به ابنُ رَزِين في « نِهائِته » ، و « نَظْمِها » . وأطْلَقَهما في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُعْنِي » ، و « النَّظْم » . وقال القاضى : تَبْطُلُ الحَوالَةُ به ، لاعليه ؛ لتَعَلِّقِ الحَقِّ بَثَالَثٍ . وجزَم في « الهِدايَةِ » ، و « المُدْهَبِ » ، و « المُدْهَبِ » ، و « المُدْهَبِ » ، و « الخُلاصَة » ، و « الكافِي » ، و « التَّلْخيص » ، و « البُلْغة » ، وغيرِهم ، بصِحَّةِ الحَوالَةِ على المُشْتَرِي ، وهي الصُّورَةُ الثَّانِيةُ في و « البُلغة » ، وهي الصُّورَةُ الثَّانِيةُ في كلام المُصَنِّف ، وأطلقُوا الوَجْهَيْن في بُطْلانِ الحَوالَة به ، وهي الصُّورَةُ الثَّانِيةُ في كلام المُصَنِّف ، وألمُصَنِّف ، إلَّا صاحِب « الكافِي » ، فإنَّه قدَّم بُطلانَ الحَوالَة . وأطلقَهُنَّ في كلام المُصَنِّف ، إلَّا صاحِب « الكافِي » ، فإنَّه قدَّم بُطلانَ الحَوالَة . وأطلَقهُنَّ في « الرِّعايَتِيْن » ، و « الخاوِيَيْن » ، و « الفائق » . فعلي الوَجْهِ الثَّاني ، هل يَبْطُلُ في « الرِّعايَتِيْن » ، و « الخاوِيَيْن » ، و « الفائق » . فعلي الوَجْهِ الثَّاني ، هل يَبْطُلُ . قدَّم بُطلانِ الحَوالَة ، لا يجوزُ له القَبْض ، فإنْ فعَل ، احْتَمَلَ أَنْ لا يقَع عن المُشْتَرِي ؛ لأنَّ الحَوالَة ، لا يجوزُ له القَبْض ، فإنْ فعَل ، احْتَمَلَ أَنْ لا يقَع عن المُشْتَرِي ؛ لأنَّ الحَوالَة انفسَخَتْ ، فبطَل الإذنُ الذي كان ضِمْنَها . واحْتَمَلَ أَنْ لا يقَع عن المُشْتَرِي ؛ لأنَّ الحَوالَة انفسَخَتْ ، فبطَل الإذنُ الذي كان ضِمْنَها . واحْتَمَلَ أَنْ لا يقَع عن المُشَلِي ؟ لأنَ الحَوالَة انفسَخَتْ ، فبطَل الإذنُ الذي كان ضِمْنَها . واحْتَمَلَ المُشْتَرِي ؟ لأَنْ الحَوالَة انفسَخَتْ ، فبطَل الإذنُ المَاتِيْن فعَل ، احْتَمَلَ أَنْ لا يقَع عن إلى المُثَلِّق المَوْلِق المُنْ المَوْلَق المُنْ المُولِق المُنْ المَوْلَق المُنْ المُولُولُ المُنْ المُولَ المُنْ المُلْق المُنْ المُولَ المُنْ المُولُولُ المُنْ المُؤْلُ المُؤْلُق المُؤْلُولُ المُؤْلُولُ المُؤْلُق المُؤْلُولُ المُؤْلِيْ المُؤْلُولُ المُؤْلُولُ المُؤْلُولُ المُؤْلُولُ المُؤْلُولُ

⁽١ - ١) في الأصل ، ط : ﴿ كَانَ الْمِيعِ ﴾ .

⁽٢) في الأصل : ﴿ للأول ﴾ . وفي ط : ﴿ الأول ﴾ .

المَنْعُ وَإِذَا قَالَ : أَحَلْتُكَ . قَالَ : بَلْ وَكُلْتَنِي . أَوْ قَالَ : وَكُلْتُكَ . قَالَ : بَلْ أَحَلْتَنِي . فَالْقُولُ قَوْلُ مُدَّعِي الْوَكَالَةِ .

الشرح الكبر صَحَّ أيضًا ؛ لِما ذكرنا ، وتكرُّرُ المُحْتال والمُحِيل لا يَضُرُّ .

١٨٦٢ – مسألة : ﴿ وَإِذِا قَالَ : أَحُلْتُكَ . قَالَ : بِلَ وَكُلْتَنِي . أُو قال : وَكُلْتُكَ . قال : بل أَحَلْتَنِي . فالقولُ قولُ مُدَّعِي الوَكالَةِ) إذا كان لرجل دَيْنٌ على آخَرَ ، فأَذِنَ لرَجُل في قَبْضِه ، ثم اخْتَلَفا ، فقال : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِك . قال : بل وَكُلْتَنِي ، ودَيْنِي باقِرٍ في ذِمَّتِك . أو قال : وَكُلْتُكَ في قَبْضِ دَيْنِي بَلَفْظِ التَّوْكِيلِ . قال : بل أَحَلْتَنِي بلَفْظِ الحَوالَةِ . فالقولُ قولُ مُدَّعِي الوَكَالَةِ مع يَمِينِه ؟ لأنَّه يَدَّعِي بَقاءَ الحَقِّ على (١) ما كان ، ويُنْكِرُ انْتِقَالَه ، والأَصْلُ معه . فإن كان لأَحَدِهما بَيُّنَةٌ ، حُكِمَ بها ؛ لأنَّ اخْتِلَافَهُما

الإنصاف أنْ يقَع عنه ؛ لأنَّ الفَسْخَ ورَد على خُصوصِ جِهَةِ [٢٧/٢ ظ] الحَوالَةِ ، دُونَ ما تَضَمَّنه الإِذْنُ ، فيُضاهِى ترَدُّدَ الفُقَهاءِ في الأمْرِ (٢) إذا نُسِخَ الوُجوبُ ، هل يَبْقَى اليَجوازُ ؟ والأصحُّ عندَ أصحابِنا بَقاؤُه ، وإذا صلَّى الفَرْضَ قبلَ وَقْتِها انْعَقَدَ نَفْلًا . انتهى . قال شَيْخُنا في « حَواشِي الفروع ِ » : وهذا يرْجِعُ إلى قاعِدَةٍ ، وهي ما إذا بطَل الوَصْفُ ، هل يَبْطُلُ الأصْلُ ، أو يَبْطُلُ الوَصْفُ فقط ؟ ويَرْجعُ إلى قاعِدَةٍ ، وهي إذا بطَل الخُصُوصُ ، هل يَبْطُلُ العُمومُ ؟ وهي مَسْأَلَةُ خِلافٍ بينَ العُلَماءِ . ذكرَها في « القواعد الأصوليَّة ».

قوله : وإنْ قالَ : أَحَلْتُك . قالَ : بل وَكَّلْتَنِي . أو قالَ : وَكَّلْتُك . قالَ : بل

⁽١) في ر: (بمحل) .

⁽٢) سقط من: الأصل.

وَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ قَالَ : أَحَلْتُكَ . وَادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أُرِيدَ بِهَا اللهُ اللهُ اللهُ اللهُ اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ اللهُ اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ اللّهُ اللهُ اللهُ الله

الشرح الكبير

فِي اللَّفْظِ ، وهو مِمَّا يُمْكِنُ إِقَامَةُ البِّيُّنَةِ عَلَيْهِ .

الذى المَالِ الذى الْمَالِ الذَى الْمَالِ الذَى الْمَالِ الذَى الْمَالِ الذَى الْمَالِ الذَى الْمَالِ الْمَحِيلُ : إِنَّمَا وَكَّلْتُكَ فَى الْقَبْضِ لِى اللَّهُ وَاللَّهُ وَلَى الْمَالِ الْمُحِيلُ : إِنَّمَا وَكَّلْتُكَ فَى الْقَبْضِ لِى اللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ اللَّهُ وَاللَّهُ وَلَى اللَّهُ وَلَى اللَّهُ وَاللَّهُ وَالْمُولِلُ وَالْمُولِلُ وَالْمُولِلِ وَالْمُعْلِقُ وَالْمُولِلُولُ وَالْمُؤْلِقُولُ وَالْمُؤْلِقُولُ وَالْمُؤْلِقُولُ وَالْمُؤْلِقُولُ وَالْمُؤْلِقُولُ وَالْمُؤْلِقُ وَالْمُؤْلِقُولُ وَالْمُؤْل

الإنصاف

أَحُلْتَنِي . فالقَوْلُ مُدَّعِي الوَكَالَةِ . هذا المذهبُ فيهما ، وعليه أكثرُ الأصحاب . وجزَم به في « المُغنِي » ، و « الكافِي » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْم » ، و « الفائق » ، و « الوَجيز » ، و « الفائق » ، و « النَّظْم » ، و « المُستَوْعِب » ، و فيرهم . وقدَّمه في « الهِدايَة » ، و « المُذْهَب » ، و « المُستَوْعِب » ، و « الرَّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : القَوْلُ قُولُ (٢) مُدَّعِي الحَوالَة . اختارَه القاضي . وقدَّمه في « الخُلاصَة » . وأطلَقهما في « التَّلْخيص » ، و « الفُروع » .

قوله : وإنِ اتَّفَقا على أَنَّه قالَ : أَحَلْتُك . وادَّعَى أَحدُهما أَنه أُرِيدَ بها الوَكالَةُ ، وأَنْكَرَ الآخَرُ ، ففي أَيِّهما يُقْبَلُ قَوْلُه ؟ وَجْهان . وأَطْلَقهما في ﴿ الكافِي ﴾ ،

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير على المُحال عليه ، والمُحْتالُ يَدُّعِي نَقْلَه ، والمُحِيلُ يُنْكِرُه ، والقول قولُ المُنْكِر . فعلى الوَجْهِ الأَوَّل ، يَحْلِفُ المُحْتالُ ، ويَثْبُتُ حَقَّه فى ذِمَّةِ المُحال عليه ، ويَسْتَحِقُّ مُطالَبَتَه ، ويَسْقُطُ عن المُحِيل . وعلى الوَجْهِ الثَّانِي ، يَحْلِفُ المُحِيلُ ، ويَبْقَى حَقَّه في ذِمَّةِ المُحالِ عليه . وعلى كلا الوَجْهَيْن ، إن كان المُحْتالُ قد قَبَض مِن المُحالِ عليه ، وتَلِف في يَدِه ، فقد بَرِئَ كُلُّ وَاحْدُ مِنهُمَا مِنْ صَاحِبِهُ ، فَلَاضَمَانَ عَلَيْهُ ، سُواءٌ تَلِفُ بِتَفْرِيطٍ أو غيرِه ؛ لأنَّه إن تَلِف بتَهْرِيطٍ ، وكان المُحْتالُ مُحِقًّا ، فقد أَتْلَفَ مالَه ، وإن كان مُبْطلًا ، ثَبَت لكلِّ واحدٍ منهما في ذِمَّةِ الآخرِ مثلُ(١) ما في ذِمَّتِه له ، فيتَقَاصَّان ، ويَسْقُطان . وإن تَلِف بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فالمُحْتالُ يَقُولُ : قد قَبَضْتُ حَقِّي وتَلِف في يَدِي ، وبَرِئَ منه المُحِيلُ بالحَوالَةِ ، والمُحالُ عليه بتَسْلِيمِه . والمُحِيلُ يَقُولُ : قد تَلِف المالُ في يَدِوَ كِيلِي بغيرِ تَفْرِيطٍ . فلا ضَمانَ عليه . وإن لم يَتْلَفْ ، احْتَمَلَ أن لا يَمْلِكَ المُحِيلُ طَلَبَه ؛ لأَنَّه مُعْتَرِفٌ أَنَّ له عليه مِن الدَّيْنِ مثلَ ما له في يَدِه وهو مُسْتَحِقٌّ لقَبْضِه ، فلا فَائِدَةَ فِي أَن يَقْبِضَهِ مِنه ثم يُسَلِّمَه إليه . ويَحْتَمِلُ أَن يَمْلِكَ أَخْذَه مِنه ، ويَمْلِكَ [٨١/٤] المُحْتالُ مُطالَبَتَه بدَيْنِه . وقيل : يَمْلِكُ المُحِيلُ أُخْذَه منه ، ولا يَمْلِكُ المُحْتالُ المُطالَبَةَ بدَيْنِه ؟ لاعْتِرافِه ببَراءَةِ المُحِيل منه بالحَوالَة .

الإنصاف و « المُغْنِي » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجِّي » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ ؛ أحدُهما ، القَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الوَكالَةِ . وهو المذهبُ . جزَم به في « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِيِّ » ، وغيرهم . وقدَّمه في

⁽١) سقط من : م .

وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ المُحْتالَ إِنِ اعْتَرفَ بذلك ، فهو يَدَّعِى أَنَّه قَبَضَ هذا المالَ منه بغيرِ حَقِّ ، وأَنَّه (١) يَسْتَحِقُّ المُطالَبَةَ به . فعلى كلا الحالَيْن ، هو مُسْتَحِقُّ للمُطالَبَةِ بمِثْلِ هذا المالِ المَقْبوضِ منه في قَوْلِهما جميعًا ، فلا وَجْهَ لإِسْقاطِه ، ولا مَوْضِعَ للبَيِّنَةِ في هذه المَسْأَلَةِ ؛ لأَنَّهما لا يَخْتَلِفان في لَفْظٍ يُسْمَعُ ، ولا فِعْل يُرَى ، وإنَّما يَدَّعِى المُحِيلُ نِيَّتَه (١) ، وهذا لا قَشْهَدُ به البَيِّنَةُ نَفْيًا ولا إثْباتًا .

فصل: فإن قال: أحَلْتُك بدّيْنِك. قال: وَكُلْتَنِي. ففيها أَ وَجُهان أيضًا؟ لِما قَدَّمْنا. فإن قلنا: القولُ قولُ المُحِيلِ. فحَلَفَ، بَرِئَ مِن حقِّ المُحْتالِ، وللمُحْتالِ قَبْضُ المالِ مِن المُحالِ عليه لنَفْسِه؛ لأنَّه يَجُوزُ ذلك بقَوْلِهما معًا، فإذا قَبْضُه، كان له بحقه. وإن قُلْنا: القَوْلُ قولُ المُحْتالِ. فحَلَفَ، كان له مُطالَبةُ المُحْتالِ عليه؛ لأنَّه إمّا وَكِيلٌ أو مُحْتالٌ. فإن قَبَض منه قبلَ أَخْذِه مِن المُحِيلِ، فله أَخْذُ ما قَبض لنَفْسِه أَنَّ لأنَّ المُحِيلَ فإن قَبض منه قبلَ أَخْذِه مِن المُحِيلِ، فله أَخْذُ ما قَبض لنَفْسِه أَنَ لأنَّ المُحِيلَ

الإنصاف

(المُحَرَّرِ) ، و (الرِّعايتَيْن) . وصحَّحه فى (التَّصْحيحِ) . والوَجْهُ الثَّانِي ، القَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الحَوالَةِ . وصحَّحه فى (التَّلْخيصِ) ، و (الفائقِ) ، و (تَجْرِيدِ العِنايَةِ) . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، مِثْلُ ذلك فى الحُكْم ِ ، لو قال : أَحَلْتُك بدَيْنى . وادَّعَى أَحدُهما أَنَّه أُرِيدَ بها الوَكالَةُ . قالَه فى « الفُروع ِ » . وقدَّم فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ،

⁽١) بعده في م : (لا) .

⁽٢) في الأصل ، ر: (بينة) .

⁽٣) في م : ﴿ فقيهما ﴾ .

⁽٤) بعده في م : ﴿ لأنه يجوز ذلك ﴾ .

النسرح الكبير كَقُولُ: هو لك. والمُحْتالُ يَقُولُ: هو أَمانَةٌ في يَدِي ، ولي مِثْلُه على صاحِبه ، وقد أذِنَ له في أُخذِه ضِمْنًا . فإذا أُخَذَه لنَفْسِه ، حَصَل غَرَضُه ، و لم يَأْخُذْ مِن المُحِيلِ شيئًا . وإنِ اسْتَوْفَى مِن المُحِيلِ دُونَ المُحالِ عليه ، رَجَع المُحِيلُ على المُحال عليه ، في أَحَدِ الوَّجْهَيْن ؛ لأنَّ الوَكالَةَ قد تَبَتَتْ بيَمِينِ المُحْتالِ ، وبَقِيَ الحَقُّ(١) في ذِمَّةِ المُحالِ عليه للمُحِيلِ . والثَّانِي ، لا يَرْجعُ عليه ؛ لأنَّه يَعْتَرفُ أنَّه قد بَرئٍّ مِن حَقِّه ، وإنَّما المُحْتَالُ(') ظَلَمَه بأُخْذِ ما كان عليه . قال القاضِي : والأُوَّلُ أَصَحُّ . وإن كان قد أُخذَ الحَوالَة فتَلِفَتْ في يَدِه بتَفْرِيطٍ ، أُو أَتْلَفَها ، سَقَط حَقَّه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه إن كان مُحِقًّا فقد أَتْلُفَ حَقُّه ، وإن كان مُبْطِلًا فقد أَتْلُفَ ٣٠ مِثْلَ دَيْنِه ، فَيَثْبُتُ فى ذِمَّتِه ، فيتَقَاصّانِ . وإن تَلِفَتْ بغير تَفْريطِه ، فعلى الوَجْهِ الأُوَّل ، يَسْقُطُ حَقَّه أيضًا ؛ لأنَّ مالَه تَلِف تحتَ يَدِه . وعلى الثَّانِي ، له أن يَرْجِعَ على المُحِيلِ بِحَقِّه ، وليس للمُحِيلِ الرُّجُوعُ على المُحال عليه ؛ لأنَّه يُقِرُّ ببرَاءِته .

في هذه ، أنَّ القَوْلَ قُولُ مُدَّعِي الحَوالَةِ . الثَّانيةُ ، لو اتَّفَقا على أنَّه قال : أَحَلْتُك بالمالِ الذي قِبَلَ فُلانٍ . ثم اخْتَلَفا ؛ فقال المُحِيلُ : إِنَّما وَكَّلْتُك في القَبْض لي . وقال الآخَرُ: بل أَحَلْتَنِي بدَيْنِي . فقيلَ (٤) : القَوْلُ قَوْلُ المُحِيل . قدَّمه في

⁽١) سقط من: م.

⁽٢) في م : (المحيل) .

⁽٣) في م : و أبطل و .

⁽٤) في ط: و وقيل ١.

الإنصاف

الشرح الكبير

« الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . قال فى « الفُروع ِ » : جزَم به جَمَاعَةٌ . وقيل : القَوْلُ قوْلُ مُدَّعِي الحَوالَةِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه (١) . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ ف « شَرْحِه » . وأَطْلَقهما في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، ويأْتِي عكْسُها(٢) . فعلى الأوَّل ، يحْلِفُ المُحِيلُ ، وَيْقَى حَقُّه في ذِمَّةِ المُحالِ عليه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ . قال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُّبْرَى ﴾ ، و ﴿ الفُّروعِ ﴾ : لا يَقْبِضُ المُحْتالُ مِنَ المُحالِ عليه ؛ لعَزْلِه بالإِنْكارِ . وفي طَلَبِه مِنَ المُحِيلِ وَجْهَانَ . وأَطْلَقَهُمَا فَي « الرِّعايتَيْنِ » ، و « الحاوِيَيْنِ » ، و « الفائقيِ » ، و « الفرُوع ِ » َ، وقال : لأنَّ دَعْواه الحَوالَةَ بَرَاءَةً . "أحدُهما له طَلَبُه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ " . وعلى الثَّانِي ، يَحْلِفُ المُحْتالُ ، ويَثْبُتُ حَقَّه في ذِمَّةِ المُحالِ عليه (١٠) ، ويَسْتَحِقُّ مُطالَبَتَه ، ويسْقُطُ عن المُحِيل . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ : وعلى كِلا الوَجْهَيْن ، إِنْ كان المُحْتالُ قد قَبَض الحقُّ مِن المُحالِ عليه ، وتَلِفَ في يَدِه ، فقد بَرِئَ كلُّ واحدٍ منهما مِن صاحِبِه ، ولا ضَمانَ عليه سواءً ، تَلِفَ بتَفْرِيطٍ أو غيرِه . وإنْ لم يتْلَفْ ، آحْتَمَل أنْ لا يَمْلِكَ المُحِيلُ طَلَّتُه ، ويَحْتَملُ أَنْ يَمْلكَ أَخْذَه منه ، ويَمْلكَ مُطالَبَتُه بدَيْنِه . وهو الصَّحيحُ . قال في « الفُروع ِ » ، تفْرِيعًا على القَوْلِ الأوَّلِ : وما قَبَضَه المُحْتالُ ، و لم يَتْلَفْ ، فللمُحيلِ أَخْذُه في الأصحِّ . وجزَم به في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ . وأطْلَقَهما في ﴿ المُعْنِي ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ . وقيل : يَمْلِكُ المُحِيلُ () أُخْذَه منه ، ولا يَمْلِكُ

⁽١) في ط: (بيعه) .

⁽٢) في الأصل ، ط: (عليها) .

⁽٣ - ٣) سقط من : الأصل ، ط .

⁽٤) سقط من : الأصل ، ط .

⁽٥) في الأصل ، ط : ﴿ المحتال ﴾ .

الإنصاف المُحْتالُ المُطالَبَةَ بدَيْنِه ؟ لاعْتِرافِه ببَراءَةِ المُحِيلِ منه بالحَوالَةِ . وقد تقدُّم . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وليس بصَحيح ي . انتها . وإنْ كانتِ المَسْأَلَةُ بالعَكْس ؟ بأَنْ قالَ المُحِيلُ: أَحَلْتُك (١) بِدَيْنِك . فقالَ : بِل وَكُلْتَنِي . ففيها الوَجْهان . وأَطْلَقَهما في « المُعْنِي » ، و « الشُّرْحِ » ، و « الفُروع ِ » ؛ أحدُهما ، يُقْبَلُ قَوْلُ مُدَّعِي الوَكَالَةِ . وهو الصَّحيحُ . جزَم به في « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائق » . والوَجْهُ الثَّانِي ، القَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الحَوالَةِ ؛ فإنْ قُلْنا : القَوْلُ قَوْلُ المُحِيلِ . فحلَف ، بَرِئَ مِن حقِّ المُحْتال ، وللمُحْتال قَبْضُ المال مِنَ المُحال عليه لنَفْسِه . وإنْ قُلْنا : القَوْلُ قَوْلُ المُحتَّالِ . فحلَف ، كان له مُطالَبَةُ المُحِيلِ بِحَقُّه ، ومُطالَبَةُ المُحال عليه ، فإنْ قبَض منه قبلَ أُخْذِه مِنَ المُحِيلِ ، فله أُخْذُ ما قَبَض لتَفْسِه (٢) . وإنِ اسْتَوْفَى مِنَ المُحِيلِ دُونَ المُحالِ عليه ، رجَع المُحِيلُ على المُحال عليه ، في أَحَدِ الوَجْهَين . قال القاضي : وهذا أصحُّ . والوَجْهُ الثَّانِي، لا يرْجعُ عليه. وأطْلَقهما في «المُعْنِي»، و «الشُّرْحِ»، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وإنْ كان قبَض الحَوالَةَ ، فَتَلِفَتْ [٢٨/٢ و] في يَدِه بتَفْرِيطٍ ، أو أَتْلَفَها ، سقط حقُّه ، على كلا (٢) الوَّجْهَين . وإِنْ تَلِفَتْ بغير تَفْريطٍ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّل ، يَسْقُطُ حَقُّه أَيضًا . وعلى الوَجْهِ الثَّانِي ، له أنْ يَرْجِعَ على المُحِيلِ بحقِّه ، وليس للمُحِيلِ الرُّجوعُ على المُحال عليه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ .

⁽١) في ط: ﴿ أَجِلْتُكُ ﴾ .

⁽٢) بياض في : ط ، وفي الأصل : ﴿ منه ﴾ .

⁽٣) سقط من : الأصل ، وفي ط : و لي g .

وَإِنْ قَالَ : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الْحَوَالَةِ ، وَجْهًا للفنع وَاحِدًا .

الشرح الكبير

الحَوالَةِ ، وَجْهَا وَاحِدًا) إِذَا اتَّفَقاعلَى أَنَّه قال : أَحَلْتُك بِدَيْنِك . فالقولُ قولُ مُدَّعِى الحَوالَةِ ، وَجْهَا واحِدًا ؛ لأَنَّ الحَوالَة بِدَيْنِه لا تَحْتَمِلُ فالقولُ قولُ مُدَّعِي الحَوالَةِ ، وَجْهَا واحِدًا ؛ لأَنَّ الحَوالَة بِدَيْنِه لا تَحْتَمِلُ الوَكَالَة ، فلم يُقْبَلْ قولُ مُدَّعِيها . وسَواءً اعْتَرَفَ المُحِيلُ بِدَيْنِ المُحْتَالِ ، الوَكَالَة ، فلم يُقْبَلْ قولُ مُدَّعِيها . وسَواءً اعْتَرَفَ المُحِيلُ بِدَيْنِ المُحْتَالِ ، أو قال : لا دَيْنَ لك عَلَى اللَّنَ قَوْلَه : أَحَلْتُك بِدَيْنِك . اعْتِرَاف بَدَيْنِه ، فلا يُقْبَلُ [٤/٢٨٠] جَحْدُه بعدَ ذلك . فأمّا إن لم يَقُلْ : بدَيْنِك . بل قال : أَحَلْتُك . ثَمْ قال : ليس لك على دَيْنَ ، وإنَّما أَرَدْتُ التَّوْكِيلَ بلَفْظِ الحَوالَةِ . أَحَلْتُك . فَلَمْ اللَّهُ كِيلَ بلَفْظِ الحَوالَة . وَكَلْتُك . فَسَبَقَ لِسانِي ، فقلتُ : أَحَلْتُك . فهل أو قال : أَرَدْتُ أَنَّها حَوالَةً بدَيْنِه ، وأَنَّ دَيْنَه كان ثابِتًا على المُحِيلِ ، فهل وادَّعَى المُحِيلِ ، فهل المُحيلِ ، فهل المُحيالُ أَنَّها حَوالَةً بدَيْنِه ، وأَنَّ دَيْنَه كان ثابِتًا على المُحيلِ ، فهل هو اعْتِراف بالدَّيْنِ أَوْ لا ؟ فيه وَجْهانِ سَبَق تَوْجِيهُهما .

فصل : وإذا كان لرجل دَيْنٌ على آخَرَ ، فطَالَبه به ، فقال : قد أَحَلْتَ به على قُلانًا الغائِبَ . وأَنْكَرَ صاحِبُ الدَّيْنِ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمينه . فإن كان لمَن عليه الدَّيْنُ بَيِّنَةٌ بدَعُواه ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُه ؛ لِإِسْقاطِ حَقِّ المُحِيلِ

الإنصاف

قوله: وإنْ قالَ: أَحَلْتُك بدَيْنِك . فالقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الحَوالَةِ ، وَجْهَا واحدًا . يعْنِى ، إذا اتَّفَقا على ذلك ، وادَّعَى أحدُهما أنَّه أُرِيدَ به الوَكالَةُ ، وأنْكَرَ الآخَرُ ، فالقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الحَوالَةِ . لا أعلمُ فيه خِلافًا ، وقطَع به الأصحابُ .

فائدة: قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: الحَوالَةُ على ماله في الدِّيوانِ إِذْنَّ في الاسْتِيفاءِ فقط(١)،

⁽١) زيادة من : الفروع .

الشرح الكبير عنه(١) . وإنِ ادَّعَى رجلٌ أنَّ فُلانًا الغائِبَ أحالَنِي عليك ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، فالقولُ قَوْلُه . فإن أقامَ المُدَّعِي بَيِّنةً ، ثَبَتَتْ في حَقِّه وحَقِّ الغائب ؟ لأنَّ البَيِّنَةَ يُقْضَى بها على الغائِب ، ولَزِم الدُّفْعُ إلى المُحتالِ . وإن لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، فهل يَلْزَمُه اليَمِينُ ؟ فيه وَجْهان ، بِناءً على ما لو اعْتَرَفَ له هل يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه (٢) ؟ على وجهين ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بدَيْنِه عليه ، ووُجُوب دَفْعِه إليه ، فَلَزِمَه الدَّفْعُ إليه ، كما لو كانت به بَيُّنةً . والثَّانِي ، لا يَلْزَمُه الدُّفْعُ إليه ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ إنْكارَ المُحِيل ورُجُوعَه عليه ، فكان له الاحْتِياطُ لنَفْسِه ، كما لو ادَّعَى أنِّي وَكِيلُ فَلانٍ في قَبْض دَيْنِه منك ، فصَدَّقَه ، وقال : لا أَدْفَعُه إليك . فإذا قُلْنا : يَلْزَمُه الدَّفْعُ مع الإقرار . لَزمَتْه اليَمِينُ مع الإنكار . فإذا حَلَفَ ، بَرِئَ ، و لم يَكُنْ للمُحْتال الرُّجُوعُ على المُحِيل ؛ لاغْتِرافِه ببَراعَتِه . وكذلك إن قُلْنا: لا يَلْزَمُه اليمينُ. فليس للمُحتال الرُّجُوعُ على المُحِيل. ثم يُنظَرُ في المُحِيل ؛ فإن صَدَّقَ المُدَّعِي في أنَّه أحالَه ، ثَبَتتِ الحَوالَّةُ ؛ لأنَّ رضا المُحتال عليه لا يُعْتَبَرُ . وإن أَنْكَرَ الحَوالَةَ ، حَلَف ، وسَقَط حُكْمُ

الإنصاف وللمُحْتالِ الرُّجوعُ ومُطالَبَةُ مُحِيلهِ .

تنبيه : ذكر بعضُ (٢) المُصَنِّفين مسألَّةَ المُقاصَّةِ (١) هنا ، وذكرَها بعضُهم في

⁽١) في م: (عليه).

⁽٢) زيادة من : الأصل .

⁽٣) سقط من : الأصل ، ط .

⁽٤) في الأصل: ﴿ المُفاوضة ﴾ .

الحَوالَةِ . وإن نَكُل المُحالُ عليه عن اليَمِين ، فقُضِيَ عليه بالنُّكُولِ واسْتُوفِيَ الحَقُّ منه ، ثم إنَّ المُحِيلَ صَدَّقَ المُدَّعِيَ ، فلا كَلامَ . وإن أَنْكَرَ الحَوَالَةَ ، فالقولُ قَوْلُه ، وله أن يَسْتَوْفِيَ مِن المُحال عليه(١) ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ له بالحَقِّ ، ويَدَّعِي أَنَّ المُحْتالَ ظَلَمَه ، ويَنْقَى دَيْنُ المُحْتالِ على المُحِيلِ . فإن أَنْكَرَ المُحِيلُ أَنَّ له عليه دَيْنًا ، فالقولُ قَوْلُه بغيرِ يَمِينٍ ؟ لأنَّ المُحْتَالَ يُقِرُّ ببراءَتِه منه ؛ لاسْتِيفائِه مِن المُحال عليه . وإن كان المُحِيلُ يَعْتَرِفُ به ، لم يَكُنْ للمُحْتال المُطالَبَةُ به ؛ لأنَّه يُقِرُّ بأنَّه قد بَرئَ منه بالحَوالَةِ ، والمُحِيلُ يُصَدِّقُ المُحالَ عليه في كونِ المُحْتال قد ظَلَمَه ، واسْتَوْفَى مِنه بغير حَقٌّ ، والمُحْتالُ يَزْعُمُ [٤٨٢/٤] أنَّ المُحِيلَ قد أُخَذَ منه أيضًا بغير حَقٌّ ، وأنَّه يَجبُ عليه أن يَرُدُّ ما أَخَذَ منه إليه ، فينْبَغِي أن يَقْبِضَها المُحْتَالُ ويُسَلِّمَهَا إلى المُحالِ عليه ، أو يَأْذَنَ للمُحِيلِ في دَفْعِها إلى المُحال عليه . وإن صَدَّقَ المُحالُ عليه المُحْتالَ في الحَوالَةِ ، ودَفَع إليه ، فأنْكَرَ المُحِيلُ الحَوالَةَ ، حَلَف ، ورَجَع على المُحالِ عليه . والحُكْمُ في الرُّجُوعِ. بما على المُحِيلِ مِن الدُّيْنِ على ما ذَكَرْنا في التي قبلُها .

فصل : فإن كان عليه أُلْفٌ ضَمِنَه رجلٌ ، فأحالَ الضّامِنُ صاحِبَ الدَّيْنِ به ، بَرِئَتْ ذِمَّتُه وذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّ الحَوالَةَ كالتَّسْلِيمِ ،

آخِرِ السَّلَمِ ، و لم يذْكُرْها المُصَنِّفُ ، وذكر ما يدُلُّ عليها فى كتابِ الصَّداق ِ . وقد الإنصاف ذكرْناها فى آخِرِ بابِ السَّلَم ِ ، فليُعاوَدْ^(٢) .

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) بعدها في الأصل ، ط : و بها إلى إصلاح ، .

الشرح الكبير ويَكُونُ الحُكْمُ هُ لَهُنا كالحُكْمِ فيما لو قَضَى عنه الدَّيْنَ ، على ما ذَكَرْنا . فإن كان الأَلْفُ على رَجُلَيْن ، على كلِّ واحدٍ منهما خَمْسُمائَةٍ ، وكلُّ واحدٍ كَفِيلٌ عن الآخرِ بذلك ، فأحالَهُ أَحَدُهُما بالأَلْفِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهما معًا ، كما لو قضاها . وإن أحالَ صاحِبُ الأَلْفِ رجلًا على أُحَدِهِما بعَيْنِه صَحَّتِ الحَوالَةُ ؟ لأَنَّ الدَّيْنَ على كلِّ واحدٍ منهما مُسْتَقِرٌّ . وإن أحالَ عليهما جميعًا ، ليَسْتَوْفِيَ منهما أو مِن أيُّهما شاءَ ، صَحَّتِ الحَوالَةُ أيضًا عند القاضِي ؛ لأَنَّه لا فَصْلَ هـٰهُنا في نَوْعٍ ولا أَجَلِ ولاعَدَدٍ ، وإنَّما هو زِيادَةُ اسْتِيثاقٍ ، فلم يَمْنَعْ ذلك صِحَّةَ الحَوالَةِ ، كَحَوالَةِ المُعْسِرِ على المَلِيء . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : لا تَصِحُّ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ الفَصْلَ قد دَخَلَها . فإنَّ المُحْتالَ ارْتَفَقَ بالتَّخْيير بالاسْتِيفاء مِن أيُّهما شاء ، فأشْبَهَ ما لو أحالَه على رَجُلَيْن له على كلِّ واحدٍ منهما أَلْفٌ ؛ ليَسْتَوْفِيَ مِن أَيُّهما شاء . والأوَّلُ أَصَحُّ . والفَرْقُ بينَ هذه المَسْأَلَةِ ، وبينَ ما إذا أحالَه بأَلْفَيْن ، أنَّه لا فَضْلَ بينَهما في العَدَدِ هلهنا ، وثَمَّ تَفاضَلًا ، ولأنَّ الحَوالَةَ هلهنا بألُّفٍ مُعَيَّن ، وثَمَّ الحَوالَةُ بأَحَدِهما مِن غيرِ تَعْيِينِ ، وأنَّه إذا قَضاه أَحَدُهما الألْفَ ، فقد قَضاه جَمِيعَ الدُّيْنِ ، وثُمَّ إذا قَضَى أَحَدُهما بَقِيَ ما على الآخر . ولو لم يَكُنْ كُلُّ واحدٍ مِن الرَّجُلَيْن ضامِنًا عن صاحِبه ، فأحالَ عليهما ، صَحَّتِ الحَوالَةُ بغير إشْكالِ ؛ لأنَّه لَمَّا كان له أن يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ مِن واحدٍ ، كان له أن يَسْتَوْفِيَ مِن اثْنَيْن ، كالوَكِيلَيْن .

بابُ الصُّلْحِ

الصُّلْحُ مُعاقَدةً يُتَوَصَّلُ بها إلى إصْلاحِ بِينَ المُخْتِلِفَيْن ، ويتَنَوَّعُ أَنْواعًا ؛ صُلْحٌ بِينَ المُسلمين وأهْلِ الحَرْبِ ، وصُلْحٌ بِينَ أهْلِ العَدْلِ وأهْلِ البَغْي ، وصُلْحٌ بِينَ أهْلِ العَدْلِ وأهْلِ البَغْي ، وصُلْحٌ بِينَ النَّوْجَيْن إذا خِيفَ الشَّقاقُ بِينَهما ، قال الله تعالى : ﴿ وَإِن طَآ نِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ آقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا ﴾ (١) . وقال تعالى : ﴿ وَإِنِ آمْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ (١) . وروى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ عَلَيْكُ فَال : ﴿ الصَّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ ، إلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلالًا أَوْ أَحَلَّ عَرَامًا » . أَخْرَجَه التَّرْمِذِيُ (١) ، وقال : حديثُ حسنٌ صَحِيحٌ . ورُوِي عَرَامًا » . أَخْرَجَه التَّرْمِذِيُ (١) ، وقال : حديثُ حسنٌ صَحِيحٌ . ورُوِي

الإنصاف

بابُ الصُّلْحِ ِ

فائدة : الصُّلْحُ عِبارَةٌ عن مُعاقدَةٍ يُتَوَصَّلُ بها إلى إصْلاحٍ بينَ مُخْتَلِفَين (١) . قالَه

⁽١) سورة الحجرات ٩ .

⁽٢) سورة النساء ١٢٨ .

⁽٣) في : باب ماذكر عن رسول الله كلك في الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذي ٦ / ١٠٤ . كا أخرجه ابن ماجه ٢ / ٧٨٨ . كلاهما عن عمرو بن عوف المزنى .

وأخرجه أبو داود ، ف : باب ف الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧٣ . والإمام أحمد ، ف : المسند ٢ / ٣٦٦ . كلاهما عن أبي هريرة .

⁽٤) في الأصل ، ط : ﴿ محيلين ﴾ .

الصُّلْحُ فِي الْأَمْوَالِ قِسْمَانِ ؟ أَحَدُهُمَا ، صُلْحٌ عَلَى الْإِقْرَارِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الصُّلْحُ عَلَى جِنْسِ الْحَقِّ ، مِثْلَ أَنْ يُقِرَّ لَهُ بِدَيْنٍ ، فَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضَهُ ، أَوْ بِعَيْنٍ ، فَيَهَبَ لَهُ بَعْضَهَا ، وَيَأْخُذَ

الشرح الكبير عن عُمَرَ ، أنَّه كَتَب [٨٣/٤] إلى أبي موسى بمِثل ذلك . وأجْمَعَ العُلَماءُ على جَوازِ الصُّلْحِ في هذه الأُنْواعِ التي ذَكَرْنا ، ولكلِّ واحِدٍ منها(١) بابّ يُفْرَدُ له ، وتُذْكَرُ فيه أَحْكَامُه . وهذا البابُ للصُّلْحِ بينَ المُخْتَلِفَيْن في الأمُوال .

١٨٦٥ - مسألة : و(الصُّلْحُ في الأموال قِسْمان ؛ أَحَدُهما ، صُلْحٌ على الإقرار ، وهو نَوْعان ؛ أَحَدُهما ، صُلْحٌ على جِنْسِ الحَقِّ ، مثلَ أن يُقِرَّ له بدَيْنٍ ، فَيَضَعَ عنه بَعْضَه ، أو بعَيْنٍ ، فَيَهَبَ له بَعْضَها ، ويَأْخُذَ

الإنصاف المُصَنِّفُ وغيرُه . قال ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِه » : هو المُوافَقَةُ بعدَ المُنازَعَةِ . انتهى . والصُّلْحُ أَنْواعٌ ؛ صُلْحٌ بينَ المُسْلِمِين وأهْلِ الحَرْبِ . وتقدُّم في الجِهادِ . وصُلْحٌ (٢) بينَ أَهْلِ البَغْيِ والعَدْلِ . ويأتِي . وبينَ الزَّوْجَينِ إِذَا خِيفَ الشُّقاقُ بينَهما ، أو خافَتِ الزُّوْجَةُ إعْراضَ الزُّوجِ عنها . ويأتِي أيضًا . وبينَ المُتَخاصِمَين ف غير المالِ ، أو في المالِ . وهو المُرادُ هنا ، وهو قِسْمان ؛ صُلْحٌ على الإقرار ، وصُلْحٌ على الإِنْكَارِ . وقِسْمٌ بالمالِ ؛ وهو الصُّلْحُ مع السُّكُوتِ عنه .

قوله : وصُلْحُ الإِقْرارِ نَوْعان^(٣) ؛ أَحَدُهما ، الصُّلْحُ على جِنْسِ الحَقِّ ، مِثْلَ أَنْ

⁽١) في الأصل ، ر١ : (منهما) .

⁽٢) في ط: (ويأتي) .

⁽٣) زيادة يقتضيها السياق.

الْبَاقِيَ ، فَيَصِحَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي النَّنَّ النَّ الْبَاقِيَ . أَوْ يَمْنَعَهُ حَقَّهُ بدُونِهِ .

الشرح الكبير

الباقى ، فيصِحُ إِن لَم يَكُنْ بِشَرْطٍ ، مثلَ أَن يَقُولَ : على أَن تُعْطِيَنى الْبَاقِى . أُو يَمْنَعَه حَقَّه بِدُونِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّ مَن اعْتَرَفَ بِدَيْن أُو عَيْن في يَدِه ، فأَبْرأَه الغَرِيمُ مِن بعض الدَّيْن ، أو وَهَبَه بعض العَيْن وطَلَب منه الباقى ، صَحَّ إذا كانتِ البَراءَةُ مُطْلَقَةً مَن غيرِ شَرْطٍ . قال أَحمَدُ : إذا كان للرجل على الرجل الدَّيْنُ ليس عندَه وَفاءٌ ، فوضَع عنه بعض حَقِّه ، وأَخذَ منه الباقِي ، كان ذلك جائِزًا لهما ، ولو فَعَل ذلك قاض شافعٌ (١) ، لم يَكُنْ الباقِي ، كان ذلك جائِزًا لهما ، ولو فَعَل ذلك قاض شافعٌ (١) ، لم يَكُنْ

الإنصاف

يُقِرَّ له بدَيْنِ ، فَيَضَعَ عنه بعضه ، أو بعَيْنِ ، فَيهَبَ له بعضها ، ويَأْخُذَ الباقِي ، فَيهَبَ له يَعْنِي الباقِي ، أو يَمْنَعَه حَقَّه بدُونِه . إذا أقرَّ له بدَيْنِ أو بعَيْنِ ، فوضَع عنه بعضه ، أو وهَب له بعضها ، مِن بدُونِه . إذا أقرَّ له بدَيْنِ أو بعَيْنِ ، فوضَع عنه بعضه ، أو وهَب له بعضها ، مِن غيرِ شَرْطِ ، فهو صَحيحٌ ؛ لأنَّ الأُوَّلَ إِبْراءٌ ، والتَّاني هِبَةٌ بلا نِزاعٍ ، لكِنْ لا يصِحُ بلفظ : الصَّلْحِ . 'على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ؛ لأنَّه هَضْمٌ للحَقِّ . قال في الفُوعِ » : لا بلَفْظ : الصَّلْحِ ') . على الأصحِّ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَشْهورُ . وهو مُخْتارُ القاضى ، وابن عَقِيل ، وغيرِهما . قال القاضى : وهو مُقْتَضَى قَوْلِ أَحمدَ : ومَن اعْتَرفَ بحَقِّ فصالَحَ على بعضِه ، لم يكُنْ صُلْحًا ؛ لأنَّه هَضْمٌ للحَقِّ . وقدَّمه في « التَّلْخيص » وغيرِه ، وهو مُقْتَضَى كلام الخِرَقِيِّ ، وابنِ عَشِمُ للحَقِّ . وقدَّمه في « التَّلْخيص » وغيرِه ، وهو مُقْتَضَى كلام الخِرَقِيِّ ، وابن غيل مؤسى . انتهى . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وعنه ، يصِحُّ بلَفْظ : الصَّلْح . وهو ظاهِرُ ما في « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » . واختارَه ابنُ البَنَّا في « خِصالِه » . ظاهِرُ ما في « المُوجَزِ » ، و « التَّبُصِرَةِ » . واختارَه ابنُ البَنَّا في « خِصالِه » .

⁽١) فى ر١ ، م : ﴿ شَافَعَى ﴾ .

⁽٢ – ٢) زيادة من : ١ .

الشرح الكبير عليه في ذلك إثم ؛ لأنَّ النبيُّ عَلَيْكُ قد كَلَّمَ غُرَماءَ جابِرٍ ليَضَعُوا عنه(١). وفى الذى أُصِيبَ فى حَدِيقَتِه فَمَرَّ به النبيُّ عَيْلِيُّهُ وهو مَلْزُومٌ ، فأشار إلى غُرَمائِه بالنِّصْفِ ، فأخَذُوه منه (٢) . فإن فَعَل ذلك قاض اليَوْمَ ، جاز إذا كان على وَجْهِ الصُّلْحِ والنَّظَرِ لهما . وقد روَى عبدُ الله بنُ كَعْبٍ ، عن أبيه ، أنَّه تَقاضَى ابنَ أبي حَدْرَدٍ دَيْنًا كان له عليه في المَسْجِدِ ، فارْتَفَعَتْ أَصُواتُهما حتى سَمِعَها (٢) رسولُ الله عَيْلِيُّهُ ، فخَرَجَ إليهما ، ثم نادَى : « يَا كَعْبُ » قال : لَبَيْكَ يا رسولَ الله ِ . فأشار إليه أن ضَع ِ الشَّطَرَ مِن

الإنصاف

فائدة : ظاهِرُ كلام الخِرَقِيِّ ، أنَّ الصُّلْحَ على الإقرارِ لا يُسَمَّى صُلْحًا . وقالَه ابنُ أبي مُوسى . وسَمَّاه القاضى وأصحابُه صُلْحًا . قال المُصَنِّفُ ، والشَّار حُ ، وغيرُهما : والخِلافُ في التَّسْمِيَةِ ، وأمَّا المَعْنَى ؛ فمُتَّفَقَّ عليه . قال الزَّرْكَشِيُّ : وصُورَتُه الصَّحِيحَةُ عندَهم ؛ أَنْ يَعْتَرفَ له بعَيْن ، فيُعاوِضَه عنها ، أو يَهَبَه بعضها ، أو بدَيْنٍ ، فَيُبْرِئُه مِن بعضِه ، ونحو ذلك ، فيَصِحُّ إِنْ لَم يَكُنْ بشَرْطٍ ، ولا امْتِناعٍ مِن أَدَاءَ الحَقِّ بِدُونِه . انتهى . وقَوْلَ المُصَنِّفِ : إِنْ لَمْ يَكُنْ بِشُرْطٍ . له صُورَتان ؛

⁽١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا قضي دون حقه أو حلله فهو جائز ، وباب إذا قاضي أو جازفه في الدين تمرًا بتمر أو غيره ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب إذا وهب دينًا على رجل ، من كتاب الهبة ، وفي : باب الصلح بين الغرماء ، من كتاب الصلح ، وفي : باب علامات النبوة في الإسلام ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ١٥٤/٣ ، ٢١٠ ، ٢٤٦ ، ٢٤٦ ، ٢٣٥/٤ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يموت وعليه دين ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٧/٢ . والنسائي ، في : باب قضاء الدين قبل الميراث ، من كتاب الوصايا . المجتبي ٢٠٥/٦ . وابن ماجه ، في : باب أداء الدين عن الميت ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨١٣/٢ ، ٨١٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣١٣/٣ .

⁽٢) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يلحقه الدين فيحط عنه ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٧ / ٣١٩ . وابن حجر ، في : باب القراض ، من كتاب البيوع . المطالب العالية ١ / ٤١٩ .

⁽٣) في ق ، م : و سمعهما ع .

ذَيْنِك . قال : قد فَعَلْتُ يا رسولَ الله ِ . قال رسولُ الله عَلَيْكُ : « قُمْ فَاعْطِهِ » . مُتَّفَقٌ عليه () . فأمّا إن مَنعَه المُقِرُّ مِن () حَقِّه حتى يَضَعَ عنه بَعْضَه ، فالصَّلْحُ باطِلٌ ؛ لأنّه صالَحَ عن بَعْضِ مالِه ببَعْضِه ، وسواءً كان بلَفْظِ الصَّلْحِ أو بلفظِ الإِبْراءِ ، أو بلَفْظِ () الهِبَةِ المَقْرُونِ بشَرْطٍ ، مثلَ ان يَقُولَ : أَبْرَأْتُك مِن حَمْسِماتَةٍ . أو : وَهَبْتُك بشَرْطِ أَن تُعْطِينِي ما بَقِي . قال ابنُ أبي موسي : الصَّلْحُ على الإِقْرارِ هَضْمٌ للحق ، فمتى أَلْزَمَ المُقَرَّ له قال ابنُ أبي موسي : الصَّلْحُ على الإِقْرارِ هَضْمٌ للحق ، فمتى أَلْزَمَ المُقَرَّ له تَركه مِن غيرِ طِيبِ نَفْسِه ، لم يَطِب الأُخذُ () ، وإن تَطَوَّ عَ المُقَرُّ له بإسقاطِ بعض حَقِّه ، جاز ، غيرَ أَنَّ ذلك ليس بصُلْح ، ولا مِن بابِ الصَّلْح بِسَبِيلٍ . فلم يَجْعَلْه صُلْحًا ، ولم يُسَمِّ الخِرَقِيُّ الصَّلْح ولا مِن بابِ الصَّلْح بِسَبِيلٍ . فلم يَجْعَلْه صُلْحًا ، ولم يُسَمِّ الخِرَقِيُّ الصَّلْح ولا مِن بابِ الصَّلْح بِسَبِيلٍ . فلم يَجْعَلْه صُلْحًا ، ولم يُسَمِّ الخِرَقِيُّ الصَّلْح إلَّا في حالِ الإِنْكارِ . فأمّا مع الاغتِرافِ ، فإن قضاه مِن جِنْس حَقّه ،

الإنصاف

إحْداهما ، أَنْ يَمْنَعَه حَقَّه بدُونِه . فالصَّلْحُ في هذه الصُّورَةِ باطِلٌ ، قُولًا واحدًا . والثَّانِيةُ ، أَنْ يقولَ : على أَنْ تُعْطِيَنِي الباقِيَ أُو كذا . وما أَشْبَهَه . فالصَّلْحُ أيضًا في

⁽۱) أخرجه البخارى ، فى : باب التقاضى والملازمة فى المسجد ، وباب رفع الصوت فى المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الحصومات ، وفى : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخارى ١ / ١٦٣ ، ١٦٧ ، ١٢٧ ، ٣ / ١٦٠ ، ٢٤٦ . ومسلم ، فى : باب الصلح . صحيح من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٩٢٣ . كا أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧٣/٢ . والنسائى ، فى : باب حكم الحاكم فى داره ، من كتاب القضاة . المجتبى ١٩٠٨ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ١١/٢ . والدارمى ، فى : باب فى إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦١/٣ .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) في ر ١ ، م : ﴿ لأَحد ﴾ .

الشرح الكبير فهو وَفاءٌ ، وإن قَضاه مِن غير جِنْسِه ، فهو مُعاوَضَةٌ ، وإن أَبْرَأُه مِن بَعْضِه ، فهو إبْراءٌ ، وإن وَهَبَه بعضَ العَيْنِ ، فهو هِبَةٌ ، فلا يُسَمَّى صُلْحًا . وسَمَّاه القاضى وأصحابُه صُلْحًا . وهو قولُ الشافعيِّ . والخِلافُ في التَّسْمِيَةِ ، [٨٣/٤] أمَّا المَعْنَى فمُتَّفَقٌ عليه . وهو يَنْقَسِمُ إلى إِبْرَاءِ ، وهِبَةٍ ، ومُعاوَضَةٍ ، وقد ذَكَرْنا الإِبْرَاءَ . فأمّا الهبَةُ ، فهو أن يَكُونَ له في يَدِه عَيْنٌ ، فَيَقُولَ : قد وَهَبْتُك نِصْفَها وأَعْطِنِي بَقِيَّتَها . فَيَصِحُ ، ويُعْتَبَرُ له شُرُوطُ الهِبَةِ . وإن أُخْرَجَه مَخْرَجَ الشُّرْطِ ، لم يَصِحُّ . وهذا مَذْهَبُ الشافعيُّ ؟ لأنَّه إذا شَرَطَ في الهِبَةِ الوَفاءَ ، جَعَل الهبَةَ عِوَضًا عن الوَفاءِ ، فكأنَّه عاوَضَ بعضَ حَقُّه بَبَعْضٍ . فإن أَبْرَأُه مِن بعضِ الدَّيْنِ ، أُو وَهَب له بعضَ العَيْنِ بلَفْظِ الصُّلْحِ ، مثلَ أن يقولَ : صالِحْنِي بنِصْفِ دَيْنِك علَيَّ ، أو بنِصْفِ دارِك هذه . فيقولَ : صالَحْتُك بذلك . لم يَصِحُّ . ذَكَرَه القاضي وابنُ عَقِيلٍ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعيُّ . وقال أَكْثَرُهم : يَجُوزُ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إذا لم يَجُزْ بلَفْظِه ، خَرَج عن أن يَكُونَ صُلْحًا ، ولا يَبْقَى له تَعَلَّقٌ به . أمَّا إذا كان (ا بِلَفْظِ الصُّلْحِ السُّلْحِ فَا سُمِّي صُلْحًا ؛ لوُجُودِ اللَّفْظِ ، وإِن تَخَلُّفَ المَعْنَى ، كالهِبَةِ بشَرْطِ الثُّوابِ . وإنَّما يَقْتَضِي لَفْظُ الصُّلْحِ المُعاوَضَةَ إذا كان ثُمَّ عِوَضٌ ، أمّامع عَدَمِه فلا . وإنّمامَعْنَى الصُّلْحِ الاتّفَاقُ والرِّضا ، وقد يَحْصُلَ هذا مِن غيرِ عِوَض ، كالتَّمْلِيكِ ، إذا كان بعِوَض سُمِّيَ بَيْعًا ، وإن خَلا عن العِوَضِ سُمِّيَ هِبَةً . ولَنا ، أَنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ

هذه الصُّورَةِ باطِلٌ . على الصَّحيح مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع

⁽۱ - ۱) في م: و بلفظه ، .

وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ؛ كَالْمُكَاتَبِ ، وَالْمَأْذُونِ لَهُ ، اللَّمَا وَكَل وَوَلِيِّ الْيَتِيمِ ، إِلَّا فِي حَالِ الْإِنْكَارِ وَعَدَم ِ الْبَيِّنَةِ .

الشرح الكبير

يَقْتَضِى المُعاوَضَة ؛ لأَنّه إذا قال : صالِحْنِي بهِبَةِ كذا . أو : على هِبَةِ كذا . أو : على نِصْفِ هذه العَيْنِ . و نَحْوَ هذا ، فقد أضاف إليه بالمُقابَلَةِ ، فصار كَقَوْلِه : بعْنِي بألْف . و إن أضاف إليه (عَلَى) جَرَى مَجْرَى الشَّرْطِ ، كَقَوْلِه : ﴿ فَهَلْ كَقَوْلِه : ﴿ فَهَلْ كَقَوْلِه : ﴿ فَهَلْ اللَّهُ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَجٍ ﴾ (١) . وقوْلِه : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَنْجَعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ (١) . وكلاهما لا يَجُوزُ ؛ بدلِيل ما لو صَرَّح بلَفْظِ الشَّرْطِ أو بِلَفْظِ المُعاوَضَة . وقوْلُهم : يَجُوزُ ؛ بدلِيل ما لو صَرَّح بلَفْظِ الشَّرْطِ أو بِلَفْظِ المُعاوَضَة . وقوْلُهم : إنَّ الصَّلْحَ لا يَقْتَضِى المُعاوَضَة . مَمْنُوعٌ ، وإن سَلَّمْنا لكنَّ المُعاوَضَة حَصَلَتْ مِن اقْتِرانِ حَرْفِ المُعاوَضَة . مَمْنُوعٌ ، وإن سَلَّمْنا لكنَّ المُعاوَضَة حَصَلَتْ مِن اقْتِرانِ حَرْفِ البَاءِ ، أو عَلَى ، أو نحوهما به ، فإنَّ لَفْظَ الصُّلْح يَحْتَاجُ إلى حَرْف يَتَعَدَّى البَاءِ ، أو عَلَى ، أو نحوهما به ، فإنَّ لَفْظَ الصُّلْح يَحْتَاجُ إلى حَرْف يَتَعَدَّى البَاءِ ، أو عَلَى ، أو نحوهما به ، فإنَّ لَفْظَ الصُّلْح يَحْتَاجُ إلى حَرْف يَتَعَدَّى به ، وذلك يَقْتَضِى المُعاوَضَة ، على ما بَيَنًا .

١٨٦٦ - مسألة : (ولا يَصِحُّ ذلك مِمَّن لا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ؟
 كالمُكاتَبِ ، والمَأْذُونِ له ، ووَلَّ اليَتِيمِ ، إلَّا في حالِ الإِنْكارِ وعَدَمِ

الإنصاف

به الأكثرُ . وقيل : يصِحُّ الصُّلْحُ والحالَةُ هذه .

قوله : ولا يَصِحُّ ذلك ممَّن لا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ؛ كالمُكاتَبِ والمَأْذُونِ له -

⁽١) سورة القصص ٢٧.

⁽٢) سورة الكهف ٩٤.

⁽٣) في را: (دفع) .

الشرح الكبير البَيُّنَةِ) لأنَّه تَبرُّعُ ، وليس لهم التَّبرُّعُ . فأمَّا إذا لم يَكُنْ بالدَّيْنِ بَيُّنةٌ(١) ، أو كان على الإنكار ، صَحَّ ؛ لأنَّ اسْتِيفاءَهم البعضَ عندَ العَجْزِ عن اسْتِيفاءِ الكلِّ أَوْلَى مِن تَرْكِه .

١٨٦٧ – مسألة : ﴿ وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُؤَجَّلِ بِيَعْضِهِ حَالًّا ، لَم يَصِحُّ ﴾ كَرِه ذلك زيدُ بنُ ثابِتٍ ، وابنُ عُمَرَ ، وقال : نَهَى عُمَرُ أَن تُبَاعَ العَيْنُ بالدَّيْنِ . وكَرِه ذلك سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والقاسِمُ ، وسالِمٌ ، والحسنُ، ومالكٌ، والشافعيُّ، والثَّوْرِيُّ، وابنُ عُيَيْنَةَ، وأبو حنيفةَ، وإسحاقَ. [٨٤/٤] ورُوِيَ عن ابن ِ عباس ٍ ، وابن ِ سِيرِينَ ، والنَّخَعِيِّ ، أَنَّه لا بَأْسَ

الإنصاف ونَحوِهما – إلَّا في حالِ الإِنكارِ وعَدَم ِ البِّيَّنَةِ . هو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ(٢) ، بلا نِزاع فيهما .

وقوله : ووَلِيِّ اليِّتِيمِ ، إلَّا في حالِ الإِنْكارِ وعَدَمِ البِّيُّنةِ . هو الصَّحيحُ مِنَ المذهب ، وعليه أكثرُ الأصحاب . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الفُروع ِ » وغيرِه . وقيل : لا يصِحُّ الصُّلْحُ أيضًا . قطَع به في « التَّرْغِيبِ » . فائدة : يصِحُّ الصُّلْحُ عمَّا ادَّعَى على (٣) مُولِّيه ، وبه بَيِّنَةٌ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يصِحُّ .

قوله : ولو صالَحَ عن ِ المُؤَّجُّلِ ببعضِه حَالًّا ، لم يَصِحُّ . هذا المذهبُ . نقَلَه

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) سقط من : ط .

⁽٣) في الأصل ، ط: (عليه) .

به . وعن الحسن ِ ، وابن ِ سِيرِينَ ، أنَّهما كانا لا يَرَيانِ بَأْسًا بالعُرُوضِ ِ الشرح الكبير أَن يَأْخُذَها مِن حَقِّه قبلَ مَحِلِّه ؛ لأنَّهما تَبايعا العُرُوضَ بما في الذِّمَّةِ ، فصَحَّ ، كَمَا لُو اشْتَراهَا بِثَمَن مِثْلِهَا . وَلَعَلَّ ابنَ سِيرِينَ يَحْتَجُّ بأنَّ التَّعْجِيلَ جائِزٌ ، والإسْقَاطَ وَحْدَه جائِزٌ ، فجاز الجَمْعُ بينَهما ، كما لو فَعَلا ذلك مِن غيرٍ مُواطَأَةٍ عليه . ولَنا ، أنَّه يَبْذُلُ القَدْرَ الذي يَحُطُّه عِوَضًا عن تَعْجيلِ ما في ذِمَّتِه ، وبَيْعُ الحُلُول والتَّأْجيل لا يَجُوزُ ، كما لا يجوزُ أن يُعْطِيَه عَشَرَةً حالَّةً بعِشْرين مُؤَجَّلَةٍ ، ولأنَّه يَبيعُه عَشَرَةً بعِشْرِين ، فلم يَجُزْ ، كما لو كانت مُعَيَّنةً . وفارَقَ ما إذا كان مِن غيرِ مُواطَأةٍ ولا عَقْدٍ ؛ لأنَّ كلُّ واحِدٍ منهما مُتَبَرِّعٌ بَبَذْلِ حَقِّه مِن غيرِ عِوَضٍ ، ولا يَلْزَمُ من جَوَازِ ذلك جَوازُه في العَقْدِ ، أو مع الشُّرْطِ ، كَبَيْع ِ دِرْهَم بِ بِدِرْهَمَيْن . ويُفارِقَ ما إذا اشْتَرَى العُرُوضَ بَثَمَنِ مِثْلِها ؛ لأَنَّه لم يَأْخُذْ عن الحُلُولِ عِوَضًا .

> ١٨٦٨ – مسألة : ﴿ وَإِنْ وَضَعَ بَعْضَ الْحَالُّ وَأَجُّلَ بَاقِيَهِ ، صَحَّ الإسقاطُ دُونَ التَّأْجِيلِ) إذا صالَحَه عن أَلْفٍ حالٌّ بنِصْفِها مُوَّجُّلًا ، اختيارًا

الجماعَةُ عن أحمدَ ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . الإنصاف وقدُّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . وفي « الإرْشادِ » ، و « المُبْهِجِ ِ » ، رِوايَةٌ ، يصِحُ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ؛ لبَراءَةِ الذُّمَّةِ هنا ، وكدَّيْنِ الكِتابَةِ . جزَم به الأصحابُ في دَيْنِ الكِتابَةِ . ونقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ . وهي مُسْتَثْناةً مِن عُموم ِ كلام ِ المُصَنِّف.

قوله : وإنْ وضَع بعضَ الحالِّ ، وأجَّل باقِيَه ، [١٢٨/٢ ع]صَحَّ الإسقاطُ دُونَ

الشرح الكبير منه وتَبَرُّعًا ، صَحَّ الإسْقاطُ ، و لم يَلْزَم ِ التَّأْجِيلُ ؛ لأنَّ الحالَّ لا يَتَأْجَّلُ بالتَّأْجِيلِ ، على ما ذَكَرْنا ، والإسْقاطُ صَحِيحٌ . وإن فَعَلَه لمَنْعِه مِن حَقُّه بدُونِه ، أو شَرَط ذلك في الوَفاءِ ، لم يَسْقُطْ ، على ما ذَكَرْنا في أوَّل الباب. وذَكَر أبو الخَطَّابِ في هذا روايَتَيْن ، أَصَحُّهما لا يَصِحُّ . وما ذَكَرْنا من التَّفْصِيل أَوْلَى ، إن شاء اللهُ تعالى .

التَّأْجِيلِ . أمَّا الإِسْقاطُ ؛ فيَصِحُ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . واختارَه المُصَنَّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيره . وعنه ، لا يصِحُّ الإسْقاطُ . وأمَّا التَّأْجِيلُ ؛ فلا يصِحُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ، وعليه الأصحابُ ؛ لأنَّه وَعْدٌ . وعنه ، يصِحُّ . ذكر الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رِوايَةً بِتَأْجِيلِ الحَالِّ في المُعاوَضَةِ ، لا التَّبَرُّعِ . قال في « الفُروعِ » : والظَّاهِرُ أَنُّها هذه الرِّوايَةُ . وأَطْلَقَ في « التَّلْخيص » الرِّوايتَيْن في صِحَّةِ الصُّلْحِ . ثم قال : والذي أراه أنَّ الرِّوايتَيْن في البَراءَةِ ؛ وهو الإسْقاطُ . فأمَّا الأَجَلُ في الباقِي ، فلا يصِحُّ بحالٍ ؛ لأنَّه وَعْدٌ . انتهى . واعْلَمْ أنَّ أكثرَ الأصحابِ قالُوا : لا يصِحُّ الصُّلْحُ في هذه المَسْأَلَةِ . وصحَّحه في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وجزَم به في « الكافِي » وغيرِه . وقدَّمه ناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، فقال :

> والدَّيْنُ إِنْ يُوصَفُ بالحُلولِ عليه بالبَعْضِ مع التَّأْجيلِ وقال بالجَزْم ِ به في « الكافِي » فصَحَّحَ الإسْقاطَ دُونَ الآجِلِ

فالصُّلْحُ لايصِحُ في المَنْقُول رجَّحَه الجُمْهورُ بالدَّليلِ وفصَّل المُقْنِعَ للخِلافِ وذاك نصُّ الشَّافِعِيِّ يَنْجَلِي

فائدة : مِثْلُ ذلك ، خِلافًا ومذهبًا ، لو صالَحَه عن مِائَةٍ صِحاحٍ بخَمْسِين

وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْحَقِّ بِأَكْثَرَ مِنْهُ مِنْ جِنْسِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ اللّهَ وَيَةِ الْخَطَأِ ، أَوْ عَنْ قِيمَةِ مُتْلَفٍ بِأَكْثَرَ مِنْهَا مِنْ جِنْسِهَا ، لَمْ يَصِحَ ، وَيَةِ الْخَطَأِ ، أَوْ عَنْ قِيمَةُ مُتْلُفٍ بِأَكْثَرُ مِنْهَا ، صَحَّ فِيهِمَا .

الشرح الكبير

1 ١٩٦٩ - مسألة : (وإن صالَحَ عن الحَقِّ بأَكْثَرَ منه مِن جِنْسِه ، مثلَ أن يُصالِحَ عن دِيَةِ الخَطأ ، أو قِيمَةِ مُثْلَفٍ بأَكْثَرَ منها مِن جِنْسِها ، لم يَصِحَّ) وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : يَجُوزُ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ عِوضًا عن المُثْلَفِ ، فجاز أن يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِن قِيمَتِه ، كما لو باعَه بذلك . ولنا ، أنَّ الدِّيةَ والقِيمَة تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ مُقَدَّرةً ، فلم يَجُزْ أن يُصالِحَ عنها بأَكْثَرَ منها ، الدِّيةَ والقِيمَة تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ مُقَدَّرةً ، فلم يَجُزْ أن يُصالِحَ عنها بأَكْثَرَ منها ، مِن جِنْسِها ، كالتَّابِتَةِ عن قَرْضٍ أو ثَمَن مَبِيعٍ ، ولأنَّه إذا أخذَ أكثرَ منها ، فيكونُ أكْلَ مالِ بالباطِل .

• ١٨٧ – مسألة : ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ بِعَرْضٍ قِيمَتُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ﴾ جاز ؟

الإنصاف

مُكَسَّرَةٍ ، هل هو إبْراءٌ مِنَ الخَمْسِينِ أُو وَعْدٌ فِي الْأُخْرَى ؟

قوله: وإنْ صالَحَ عن الحَقِّ بأكثرَ منه مِن جِنْسِه ، مثلَ أَنْ يُصالِحَ عن دِيَةِ الخَطَأُ ، أو عن قِيمَةِ مُثْلَفٍ بأكثرَ منها مِن جِنْسِها ، لم يَصِعَّ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطع به كثيرٌ منهم . واختارَ الشَّيخُ تقِي الدِّينِ الصِّحَّةُ في ذلك ، وأنَّه قِياسُ قَوْلِ أَحمدَ كَعِوض ، وكالمِثْلِيِّ . قال في « الفُروع ِ » : ويُخرَّ جُ على وأنَّه قِياسُ قَوْلِ أَحمدَ كَعِوض ، وكالمِثْلِيِّ . قال في « الفُروع ِ » : ويُخرَّ جُ على ذلك تأجيلُ القِيمَةِ . قالَه القاضى وغيرُه . وذكر المُصنِّفُ ، والشَّارِحُ ، ومَن ذلك تأجيلُ القِيمَةِ . قالَه القاضى وغيرُه . وذكر المُصنِّف ، والشَّارِحُ ، ومَن تَبِعَهما ، روايَةً بالصِّحَةِ فيما إذا صالَحَ عن المِائَةِ الثَّابِعَةِ بالإِثْلافِ بِمِائَةٍ مُوَجَّلَةٍ .

قوله : وإنْ صالَحَه بعَرْضِ قِيمَتُه أكثرُ منها ، صَحَّ فيهما . بلا نِزاعٍ .

المنع وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهُ سَنَةً ، أَوْ يَبْنِيَ لَهُ فَوْقَهُ غُرْفَةً ، لُمْ يَصِحُّ .

الشرح الكبير لأنَّه بَيْعٌ .

فصل : ولو صالَحَ عن المائةِ الثّابتةِ بالإِثْلافِ(١) بمائةٍ مُؤَجَّلَةٍ ، لم تَصِرْ مُؤَّجَّلَةً . وهذا قولُ الشافعيِّ . وعن أحمدَ ، أنَّها تَصِيرُ مُؤَّجَّلَةً . وهو قولُ أبي حنيفةً ؛ لأنَّه عاوَضَ عن المُتْلَفِ بمائةٍ مُؤَّجَّلةٍ ، فجاز ، كما لو باعَه إيَّاه . ولَنا ، أَنَّه إِنَّما يَسْتَحِقُّ عليه قِيمَةَ [٨٤/٤] المُتْلَفِ ، وهو مائةً حالَّةً ، والحالُّ لا يَتَأجُّلُ بالتَّأْجِيلِ ، وإن جَعَلْناه بَيْعًا ، فهو بَيْعُ دَيْنِ بدَيْنٍ ، وهو غيرُ جائز .

١٨٧١ – مسألة : ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنُهُ سَنَةً ، أُو يَبْنِيَ لَهُ فَوْقَهُ غُرْفَةً ، لَم يَصِحُّ) إذا ادَّعَى على رجل ِ بَيْتًا ، فصالَحَه على بعضِه ، أو على أن يَبْنِيَ ''فوقَه غُرْفَةً له ، أو'' على أن يَسْكُنَه سَنَةً ، لم يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُصالِحُه مِن ٣٠ مِلْكِه على مِلْكِه أو مَنْفَعَتِه . وإن أَسْكَنَه كان

الإنصاف

فائدة : لو كانَ في ذِمَّتِه مِثْلِيًّا ، مِن قَرْضٍ أو غيرِه ، لم يَجُزْ أَنْ يُصالِحَ عنه بأكثرَ منه مِن جِنْسِه . وإنْ صالَحَ عن قِيمَةِ ذلك بأكثرَ منها ، جازَ . قطَع به في « الفُروع ِ » ، و « الرِّعايَة ِ » . وهو ظاهِرُ ماجزَم به في « المُحَرَّر ِ » وغيرِه ، ككلام المُصَنِّف .

 ⁽١) في الأصل : ﴿ بَاتِلَافَ ﴾ .

⁽٢ - ٢) في م: (له ثم) .

⁽٣) في م: (عن) .

وَإِنْ قَالَ : أُقِرَّ لِي بِدَيْنِي ، وَأُعْطِيكَ مِنْهُ مِائَةً . فَفَعَلَ ، [١١٤] المنتع صَحَّ الْإِقْرَارُ ، وَلَمْ يَصِحَّ السُّلْحُ .

الشرح الكبير

تَبَرُّعًا منه ، متى شاء أخْرَجَه منها . وإن أعْطاه بعض دارِه بِناءً على هذا ، فمتى شاء انْتَزَعَه منه ؛ لأنَّه أعْماه إيّاه عِوَضًا عمّا لا يَصْلُحُ عِوَضًا عنه . وإن فَعَل ذلك على سبيل المُصالَحة ، مُعْتَقِدًا أنَّ ذلك وَجَب عليه بالصُّلْح ، رَجَع عليه بأَجْرِ ما سكن وأُجْرِ ما كان في يَدِه مِن الدّارِ ؛ لأنَّه أَخَذَه بعَقْدٍ فاسدٍ ، فأشبه المَبِيعَ المَأْحُوذَ () بعَقْدٍ فاسِدٍ ، وسُكْنى الدّارِ بإجارَةٍ فاسِدةٍ . وإن بَنى فوق البَيْتِ غُرْفَةً ، أُجْبِرَ على نَقْضِها . وإذا آجَرَ السَّطْحَ مُدَّةَ مُقامِه في يَدَيْه () فاه () أَخْذُ آلتِه . وإن اتَّفقا على أن يُصالِحَه السَّطْحَ مُدَّة مُقامِه في يَدَيْه () فاه () أَخْذُ آلتِه ؛ لأنَّه مِلْكُ صاحِبِ البَيْتِ عن بِنائِه بعِوض ، جاز . وإن بَني الغُرْفَة بتُرَابٍ مِن أَرْضِ صاحِبِ البَيْتِ وآلاتِه ، فليس له أَخْدُ بِنَائِه ؛ لأنَّه مِلْكُ صاحِبِ البَيْتِ . وان أَراد نَقْضَ البِناءِ ، لم يَكُنْ له ذلك إذا أَبْرَأُه المالِكُ مِن ضَمانِ ما يَتْلَفُ به . ويَحْتَمِلُ () أن يَمْلِكَ نَقْضَه ، كقَوْلِنا في الغاصِب .

۱۸۷۲ – مسألة : (ولو قال : أقِرَّ لى بدَيْنى ، وأُعْطِيك منه مائةً . فَفَعَلَ ، صَحَّ الإِقْرارُ ، و لم يَصِحُ الصَّلْحُ) لأَنَّه يَجِبُ عليه الإِقْرارُ بما عليه مِن الحَقِّ ، فلم يَحِلَّ له أَخْذُ البِوَضِ عمّا يَجِبُ عليه . فعلى هذا ، يَرُدُّ

الإنصاف

⁽١) في م : ﴿ الموجود ﴾ .

⁽٢) في ر١، م: « يده ».

⁽٣) فى النسخ : ﴿ وَلَهُ ﴾ والمثبت كما فى المغنى ١٦/٧ .

⁽٤) في ر ، ق ، م : ﴿ يتخرج ﴾ .

الفنع وَإِنْ صَالَحَ إِنْسَانًا لِيُقِرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، أَو امْرَأَةً لِتُقِرَّ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ ، لمْ يَصِحٌ .

الشرح الكبير مَا أُخَذُ ؛ لأنَّه تَبَيَّنَ كَذْبُه بإقْراره ، وأنَّ الدَّيْنَ عليه ، فلَزِمَه أَداؤُه بغيرٍ

١٨٧٣ – مسألة : ﴿ وَإِنْ صَالَحَ إِنْسَانًا لِيُقِرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، أَوِ امْرَأَةً لْتُقِرَّ له بالزَّوْجِيَّةِ ، لم يَصِحُّ) لا يَصِحُّ (١) الصُّلْحُ على ما لا يَجُوزُ أَخْذُ العِوَض عنه ، مثلَ أن يَدُّعِيَ على رجل أنَّه عَبْدُه ، فيُنْكِرَه ، فيُصالِحَه على مالٍ لَيُقِرَّ له بالعُبُودِيَّةِ ، فلا يَجُوزُ ذلك ؛ لأنَّه يُحِلُّ حَرامًا ، فإنَّ إرْقاقَ الحُرِّ نَفْسَه لا يَحِلُّ بعِوَض ِ ولا بغيرِه . وكذلك إن صالَحَ امرأةً لتُقِرُّ له بالزُّوْجيَّةِ ؟ لأنَّه صُلْحٌ يُحِلُّ حَرامًا ، ولأنَّها لو أرادَتْ بَذْلَ نَفْسِها بعِوَضِ لم يَجُزْ . فإن دَفَعَتْ إليه عِوَضًا عن هذه الدَّعْوَى ليَكُفَّ نَفْسَه عنها ، ففيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ في الإنْكار إنَّما يكونُ في حَقٍّ المُنْكِرِ لاَفْتِداءِ الْيَمِينِ ، وهذه لا يَمِينَ عليها ، وفي حَقِّ المُدَّعِي يَأْخُذُ العِوَضَ في مُقابَلَةِ حَقُّه الذي يَدُّعِيه ، وخُرُوجُ البُضْعِ مِن مِلْكِ الزُّوْجِ لاقِيمَةَ له ، وإنَّما أُجيزَ الخُلْعُ للحاجَةِ إلى افْتِداء نَفْسِها . والثَّانِي ، يَصِحُّ . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُ [١/٥٨٠] عِوَضًا عن

قوله : وإنْ صالَحَ إِنْسَانًا لَيُقِرَّ له بالعُبُودِيَّةِ ، أو امْرَأَةً لَتُقِرَّ له بالزَّوْجِيَّةِ ، لم يَصِحَّ . بلا نِزاعٍ أَعْلَمُه .

⁽١) في ر، م: ١ يجوز ١.

وَإِنْ دَفَعَ المُدَّعَى عَلَيْهِ الْعُبُودِيَّةُ إِلَى الْمُدَّعِى مَالًا صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ ، اللَّهَ صَحَّ .

الشرح الكبير

حَقُه مِن النّكاحِ ، فجاز ، كِعِوضِ الخُلْعِ ، والمرأةُ تَبْذُلُه لقَطْعِ خُصُومَتِه وإِزالَةِ شَرِّه ، ورُبَّما تَوَجَّهَتِ اليَمِينُ عليها لكَونِ الحاكِمِ يَرَى ذلك ، أو (١) لأنَّها مَشْرُوعَةٌ في حَقِّها في إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . ومتى صالَحَتْه على (١) ذلك ، ثم ثَبَتَتِ الزَّوْجِيَّةُ بإقْرَارِها أو ببيِّنَةٍ ، فإن قُلْنا : الصَّلْحُ باطل . ذلك ، ثم ثَبَتَتِ الزَّوْجِيَّةُ بإقْرَارِها أو ببيِّنَةٍ ، فإن قُلْنا : الصَّلْحُ باطل . فالنِّكاحُ باقٍ بحَالِه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ مِن الزَّوْجِ طَلاقٌ ولا خُلْعٌ . وإن قُلْنا : هو صَجِيحٌ . احْتَمَلَ ذلك أيضًا ؛ لِما ذكرْنا . واحْتَمَلَ أن تَبِينَ منه (٣ بأخذِ العِوَضِ ٣) ؛ لأنَّه أخذَ العِوَضَ عمّا يَسْتَحِقُّه مِن نِكاجِها ، فكان خُلْعًا ، كا لو أقرَّتْ له بالزَّوْجِيَّةِ فَخالَعَها . ولو ادَّعَتْ أنَّ زَوْجَها طَلَّقَها ثَلاثًا ، فصالَحَها على مالٍ لتَنْزِلَ عن دَعُواها ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ لها ثَلْ اللهُ مَلِلَقِها بعِوضٍ ولا بغيرِه . وإن دَفَعَتْ إليه مالًا ليُقِرَّ بطَلاقِها ، لم يَجُزْ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفي الآخَرِ ، يجوزُ ، كا لو بَذَلَتْ له عِوضً لمُ لِللَّقُها ثلاثًا . له أَلَا لَهُ مَلَا لَو بَذَلَتْ له عِوضً ولا بغيرِه . وإن دَفَعَتْ إليه مالًا ليُقِرَّ بطَلاقِها ، لم يَجُزْ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفي الآخَرِ ، يجوزُ ، كا لو بَذَلَتْ له عِوضًا ليُطَلِقُها ثلاثًا .

١٨٧٤ - مسألة : ﴿ وَإِن دَفَعَ المُدَّعَى عليه العُبُودِيَّةُ إِلَى المُدَّعِي مالًا صُلْحًا عن دَعْواه ، صَحَّ ﴾ لأنَّه يجوزُ أن يُعْتِقَ عَبْدَه بمالٍ ، ويُشْرَعُ للدَّافِعِ

ومفْهومُ قوْلِه : وإنْ دفَع المُدَّعَى عليه العُبُودِيَّةُ إلى المُدَّعِى مالًا صُلْحًا عِن الإنصاف

⁽۱) فی را ، م : « و » ·

⁽٢) في م : ﴿ عن ﴾ .

⁽٣ – ٣)في م : « بأحد العوضين » .

الشرح الكبير لدَفْع ِ اليَمِينِ الواجِبَةِ عليه ، والخُصُومَةِ المُتَوَجِّهَةِ عليه (١) .

الإنصاف دَعْواه ، صَحَّ . أنَّ المرْأَةَ لو دَفَعَتْ مالًا صُلْحًا عن دَعْواه عليها الزَّوْجِيَّةَ ، لم يصِحَّ . وهو أَحَدُ الوَجْهَين ، وقدَّمه ابنُ رَزِينِ في « شَرْحِه » . وهو ظاهِرُ كلامِه في « المُذْهَبِ » ، و « الهداية ِ » ، و « الخُلاصة ِ » ، و « التَّلْخيص » ، وغيرِهم . وكلامُهم ككَلام المُصَنِّف . والوَجْهُ الثَّانِي ، يصِحُّ . ذكرَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ . وهو الصَّحيحُ . جزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه ف « الكافِي » وغيرِه . وصحَّحه في « النَّظْم ِ » وغيرِه . وأَطْلَقَهما في « المُغْنِي » ، و « الشُّـرْحِ ِ » ، و « الفُـروع ِ » ، و « الرِّعايتَيْـن » ، و « الحاوِيَيْــن » ، و « الفائق » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ومتى صالَحَتْه على ذلك ، ^{(٢}ثم ثَبَتَتِ الزَّوْجِيَّةُ ٢ بِإِقْرَارِها ، أو بَبَيِّنَةٍ ؛ فإنْ قُلْنا : الصُّلْحُ باطِلٌ . فالنِّكاحُ باقٍ بحالِه . وإنْ قُلْنا : هو صَحيحٌ . احْتَمَلَ ذلك أيضًا . قلتُ : وهو الصُّوابُ . واحْتَمَلَ أَنْ تَبينَ منه بأَخْذِ العِوَضِ عمَّا يَسْتَحِقُّه مِن نِكاحِها ، فكانَ خُلْعًا . وأَطْلَقَهما في « الفُروع ِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْح ِ ابنِ رَزِين ِ » .

فائدة : لو طَلَّقَها ثلاثًا ، أو أقلُّ ، فصَالَحَها على مالٍ ، لتَتْرُكَ (٣) دَعْواها ، لم يَجُزْ . وإنْ دَفَعَتْ إليه مالًا ليُقِرُّ بطَلاقِها ، لم يَجُزْ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْن . قلتُ : هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وفي الآخرِ ، يجوزُ ، كما لو بذَلَتُه ليُطَلِّقَها ثلاثًا . قلتُ : يجوزُ لهَاأَنْ تَدْفَعَ إِلَيْهِ ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ . وأَطْلَقَهِما في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » .

⁽١) في ر، ر١، م: ﴿ إِلَيْهِ ﴾ .

⁽٢ - ٢) في ط : ﴿ تَثْبَتُ الرَّوْجَةُ ﴾ .

⁽٣) في ط: (ليترك) .

النَّوْعُ الثَّانِي ، أَنْ يُصَالِحَ عَنِ الْحَقِّ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ ، اللَّهُ عُلَانَ عِنْ أَثْمَانٍ ، فَهُوَ صَرْفٌ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ الْأَثْمَانِ ، فَهُوَ صَرْفٌ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ الْأَثْمَانِ ، فَهُوَ إِجَارَةٌ تَبْطُلُ بِتَلَفِ فَهُوَ إِجَارَةٌ تَبْطُلُ بِتَلَفِ الدَّارِ ، فَهُوَ إِجَارَةٌ تَبْطُلُ بِتَلَفِ الدَّارِ ، كَسَائِرِ الْإِجَارَاتِ .

الشرح الكبير

(النَّوْعُ النَّانِي ، أن يُصَالِحَه عن الحَقِّ بغيرِ جِنْسِه ، فهو مُعاوَضَةً) وذلك مثلُ أن يَعْتَرِفَ له بعَيْنِ في يَدِه ، أو دَيْنِ في ذِمَّتِه ، ثم يُعَوِّضَه عن ذلك بما يجوزُ تَعْوِيضُه به ، وهو ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، أن يُقِرَّ له بنَقْد ، فيُصالِحَه على نَقْد آخَر ، مثلَ أن يُقِرَّ له بمائة دِرْهَم ، فيصالِحَه عنها بعَشَرة فيُصالِحَه على نَقْد آخَر ، مثلَ أن يُقِرَّ له بمائة دِرْهَم ، فيُصالِحَه عنها بعَشَرة دَنانِيرَ ، أو بالعَكْس ، فهذا صَرْف ، يُشتَرَطُ له شُرُوطُ الصَّرْف ، مِن التَّقابُضِ في المَجْلِسَ ونحوه . القِسْمُ النَّانِي ، أن يَعْتَرِفَ له بِعُرُوض ، فيُصالِحَه على أثمانٍ ، أو بالعَكْس ، فهذا بَيْعٌ تَثْبُتُ فيه أحْكامُ البَيْع . الثَّالِثُ ، أن يُصالِحَه على سُكْنَى دار ، أو خِدْمَة عَبْدِه ، أو على أن يَعْمَلَ الثَّالِثُ ، أن يُصالِحَه على سُكْنَى دار ، أو خِدْمَة عَبْدِه ، أو على أن يَعْمَلَ له عَمَلًا مَعْلُومًا ، فتكونُ إجارة ، لها حُكْمُ سائِرِ الإجاراتِ ، فإن تَلِفَتِ له عَمَلًا مَعْلُومًا ، فتكونُ إجارة ، لها حُكْمُ سائِرِ الإجاراتِ ، فإن تَلِفَتِ

الإنصاف

تنبيه : قُولُه : النَّوعُ النَّاني ، أَنْ يُصالِحَ عن الحَقِّ بغيرِ جِنْسِه ، فهو مُعاوَضَةً ، فإنْ كانَ بأثْمانٍ عن أثْمانٍ ، فهو صَرْفٌ . يُشْترَطُ فيه ما يُشْتَرطُ في الصَّرْفِ .

ومفْهومُ قَوْلِه : وإنْ كانَ بغيرِ الأَثْمانِ ، فهو بَيْعٌ . أَنَّ البَيْعَ يَصِحُّ بَلَفْظِ : الصُّلْحِ . وهو ظاهِرُ كلامِ القاضِى في « المُجَرَّدِ » ، وابنِ عَقِيلِ في « الضُّلْحِ . وهو ظاهِرُ كلامِ القاضِى في « التَّلْخيصِ » : وفي انْعِقادِ البَيْع ِ « الفُصولِ » . وقالَه في « التَّرْغيبِ » . وقال في « التَّلْخيصِ » : وفي انْعِقادِ البَيْع ِ بَلَفْظِ الصُّلُح ِ تَرَدُّدٌ ؛ يَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يَصِحَّ . وعلَّلَهما . وتقدَّم ذلك في كتابِ البَيْع ِ .

المَنه وَإِنْ صَالَحَتِ الْمَرْأَةُ بِتَرْوِيجِ نَفْسِهَا ، صَحَّ . فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ عَيْبِ فِي مَبِيعِهَا ، فَبَانَ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْبِ ، رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ لَا بِمَهْرِهَا .

الشرح الكبير الدَّارُ أو العَبْدُ قبلَ اسْتِيفاءِ شيءِ مِن المَنْفَعةِ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ ، ورَجَع بما صالَحَ عليه(١) . وإن تَلِفَتْ بعدَ اسْتِيفاء بعض المَنْفَعةِ ، انْفَسَخَتْ فيما بَقِيَ مِن المُدَّةِ ، ورَجع بقِسْطِ ما بَقِيَ . ولو صالَحه على أن يُزَوِّجه أمَتَه ، وكان ممَّن يَجُوزُ له نِكاحُ الإماء ، صَعَّ ، وكان المُصالَحُ عنه صَداقَها . فَإِنِ انْفَسَخَ النُّكَاحُ قَبِلَ الدُّنُحُولُ بأَمْرِ يُسْقِطُ الصَّداقَ ، رَجَعِ الزُّوْجُ بما صالَحَ عنه . وإن طَلَّقَها قبلَ الدُّنُحولِ ، رَجَع بنِصْفِه .

١٨٧٥ - مسألة : (وإن صالَحَتِ المرأةُ بتَزْويجِ نَفْسِها ، صَحَّ . فإن كان الصُّلْحُ عن عَيْبٍ في مَبِيعِها ، فتبَيَّنَ أَنَّه ليس بِعَيْبٍ ، رَجَعَتْ بأُرْشِه

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، يجوزُ الصُّلْحُ عن دَيْنِ بغيرِ جِنْسِه مُطْلَقًا ، ويَحْرُمُ بجِنْسِه بأكثرَ أو أقلُّ ، على سَبِيلِ المُعاوَضَةِ . وتقدُّم قَرِيبٌ مِن ذلك . الثَّانيةُ ، لو صالَحَ بشيء في الذُّمَّةِ ، حَرُمَ التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ .

قوله : وإن [١٢٩/٢و] صالَحَه بمنْفَعةٍ ، كَسُكْنَى دارٍ ، فهو إجارَةٌ ، تَبْطُلُ بتَلَفِ الدَّارِ ، كسائِرِ الإجاراتِ . قالَه الأصحابُ . وذكر صاحِبُ « التَّعْلِيق » ، و « المُحَرَّرِ » ، لو صالَحَ الورَثَةُ مَن وَصَّى^(٢) له بخِدْمَةٍ أو سُكْنَى ، أو حَمْل_ِ أَمَةٍ ، بدراهِمَ مُسَمَّاةٍ ، جازَ ، لا بَيْعًا .

قوله(٢) : وإنْ صالَحَتِ المَرْأَةُ بتَزْويجِ نَفْسِها ، صَحَّ ، فإنْ كانَ الصُّلْحُ عن

⁽١) في ر١، ق، م: ﴿ عنه ﴾ .

⁽٢) في الأصل ، ط: (رضى) .

⁽٣) من هنا إلى قوله : فحمدت الله على موافقة ذلك . في آخر الصفحة بعد التالية ليس في الأصل ، ط .

لا بمَهْر مِثْلِها) إذا اعْتَرَفَتِ [١/٥٨٤] امرأةٌ لرجل بِدَيْنِ أو عَيْنِ ، فصالَحَتْه على أن تُزَوِّجَه نَفْسَها ، صَحَّ ، ويكونُ صَداقًا لها . فإن كان المُعْتَرَفُ به عَيْبًا في مبيعِها ، فبان أنَّه ليس بعَيْبٍ ، كبياضٍ في عَيْنِ العَبْدِ ظَنَّتُه عَمِّي ، رَجَعَتْ بأرْشِه ؛ لأنَّ ذلك صَداقُها ، فرَجَعَتْ به لا بمَهْرِ

عَيْبٍ في مَبيعِها ، فبانَ أنَّه ليس بعَيْبِ ، رَجَعَتْ بأَرْشِه لا بمَهْرِها . وهكذا رأيتُ الإنصاف في نُسْخَةٍ قُرِئَتْ على المُصَنِّفِ ، والمُصَنِّفُ مُمْسِكٌ للأَصْل ، وعليها خَطُّه . وكذا قَالَ فِي ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ إِدْراكِ الغايَةِ ﴾ ، وغيرهم . قال في « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسِ » : فبانَ صَحِيحًا . وفي « « مُنَوِّرِ الآدَمِيِّ » ، و ﴿ مُنْتَخَبِه ﴾ : فبانَ أَنْ لاعَيْبَ . وفي ﴿ تَجْرِيدِ العِنايَةِ ﴾ : فبانَ بخِلافِه . وعليها شرَح الشَّارِحُ . فمَفْهومُ كلام ِ هؤلاءِ ، أنَّه لو كانَ به عَيْبٌ حَقِيقَةً ، ثم زالَ عندَ المُشْتَرِي ، أنَّه لايرْجِعُ بالأرْشِ . قال ابنُ نَصْرِ اللهِ ، في ﴿ حَواشِي الوَجيزِ ﴾ : بلا خِلافٍ . وُوجِدَ في نُسَخٍ : فزالَ ، أي العَيْبُ . وكذا في ﴿ الكافِي ﴾ ، و « الوَجيزِ » ، و « الفُروعِ ِ » ، وغيرِهم . فظاهِرُ كلام ِ هؤلاءِ ، أنَّه إنْ كان به عَيْبٌ حَقِيقَةً ، ثم زالَ ، كالحُمَّى مثَلًا ، والمرَضِ ، ونحوِهما . لكِنْ أَوَّلُه ابنُ مُنجَّى ، في ﴿ شَرْحِه ﴾ ، وقال : معْنَى زالَ ، تَبَيُّنَ . وذكَر أنَّه لمَصْلَحَةِ مَن أَذِنَ له في إصْلاحِه ، كَالنُّسْخَةِ الْأُولَى . ومَثَّله بما إذا كان المَبِيعُ أَمَةً ظنُّها حامِلًا لانْتِفاخِ بَطْنِها ، ثم زالَ . وقال : صرَّ حبه أبو الخَطَّاب في « الهداية ي . ثم قال : فعلى هذا ، إِنْ كَانَ مَوْجُودًا ، أَى العَيْبُ ، عندَ العَقْدِ ، ثم زالَ ، كَمَبِيعِ طيرٍ مَرِيضًا ، فتَعافَى ، لا شيءَ لها . وزَوالُ العَيْب بعدَ ثُبوتِه حالَ العَقْدِ ، لا يُوجِبُ بُطْلانَ الأَرْشِ . لكِنَّ تأُويلَه مُخالِفٌ لظاهِرِ اللَّفْظِ . وهو مُخالِفٌ لما صرَّحٍ به في « الرِّعايتَيْن » ، و ﴿ الحَاوِيَيْنِ ﴾ ، و ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ، و ﴿ النَّظْمِ ﴾ ؛ فإنَّهم ذَكَرُوا الصُّورَتَيْنِ ،

الشرح الكبير مِثْلِها . فإن لم يَزُلِ العَيْبُ ، ولكن انْفَسَخَ نِكَاحُها بما يُسْقِطُ صَداقَها ، رَجَع عليها بأرْشِه .

الإنصاف وجعَلُوا حُكْمَهما واحِدًا . إذا تحَقَّقَ ذلك ، فهنا صُورَتان ؛ إحْداهما ، إذا تَبَيَّنَ أَنَّه ليس بعَيْب ؛ فهذه لا نِزاعَ فيها في ردِّ الأَرْش . الثَّانيةُ ، إذا كان العَيْبُ مَوجودًا ، ثم زالَ ، فهذه محَلُّ الكَلام والخِلافِ . فحكَى في « الرِّعايتَيْن » فيها وَجْهَين ، وزادَ في ﴿ الكُبْرَى ﴾ قولًا ثالِثًا ؛ أحدُها ، أنَّه حيثُ زالَ ، يرُدُّ الأَرْشَ . وهو الذي قطَع به فى « المُذْهَبِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وهو ظاهِرُ قُوْلِه في « الوَجيزِ » ، و « الكافِي » ، و « الفُروعِ » ؛ لاقْتِصارِهم على قُوْلِهم : فزالَ . والقَوْلُ الثَّاني ، أنَّ الأَرْشَ قدِ اسْتقَرَّ لمَن أَخذَه ، ولو زالَ العَيْبُ ، ولا يَلْزَمُه ردُّه . وهذا ظاهِرُ ما في « الخُلاصَةِ » ، و « المُقْنِع ِ » ، في نُسْخَةٍ ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « إِدْراكِ الغايَةِ » ، و « تَذْكِرَةِ ۖ ابنِ عَبْدُوسِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « المُنتَخَبِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ؛ لاقْتِصارِ هم على قوْلِهم : فتَبَيَّنَ أَنَّه ليس بعَيْبٍ . اخْتارَه ابنُ مُنجّى . وقال ابنُ نَصْرٍ الله ِ: لاخِلافَ فيه . وكأنَّه ما اطَّلَعَ على كلامِه في ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاويَيْنِ ﴾ . ولنا قَوْلٌ ثالثٌ في المَسْأَلَةِ ، اخْتارَه ابنُ حَمْدانَ في ﴿ الكُبْرَى ﴾ ، "فقال : قلتُ : إِنْ زَالَ العَيْبُ ، وَالعَقْدُ جَائزٌ ، أَخَذَه ، وإِلَّا فلا . انتهى . قلتُ : وهو أَقْرَبُ مِنَ القَوْلَيْنِ ؛ ويُزادُ : إذا زالَ سَريعًا عُرْفًا . واللهُ أعلمُ . وبعدَه القَوْلُ بعَدَم ِ الرَّدِّ . والقَوْلُ بالرَّدِّ مُطْلَقًا ، إذا زالَ العَيْبُ ، بعيدٌ ؛ إذْ لابُدَّ مِن حَدٍّ يُرَدُّ فيه ، ثم وَجَدْتُه في « النَّظْمِ » قال : إذا زالَ سَرِيعًا . فَحَمِدْتُ اللَّهُ عَلَى مُوافَقَةِ ذلك (١) .

⁽١) نهاية السقط.

وَإِنْ صَالَحَ عَمَّا فِى الذِّمَّةِ بِشَىْءٍ فِى الذِّمَّةِ ، لَمْ يَجُزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الفَع الْقَبْضِ ِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ .

لشرح الكبير

١٨٧٦ – مسألة : (وإن صالَحَ عمّا فى الذِّمَّةِ بشىءٍ فى الذِّمَّةِ ، لم يَجُزِ التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنِ بدَيْنٍ) وقد نَهَى الشّارِعُ عنه .

فصل : وإن صالَحَه بخِدْمَة عَبْدِه سَنَةً ، صَحَّ ، وكانت إجارَةً ، على ما ذَكَرْنا . فإن باع العَبْدَ في السَّنَةِ ، صَحَّ البّينعُ ، ويكونُ المُشْتَرِي مَسْلُوبَ المَنْفَعةِ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ، وللمُصالِحِ اسْتِيفاءُ مَنْفَعَتِه إلى انْقِضاء السَّنَةِ ، كما لو زَوَّجَ أَمَتَه ثم باعها . وإن لم(١) يَعْلَم المُشْتَرى بذلك ، فله الفَسْخُ ؛ لأَنَّه عَيْبٌ . وإِن أَعْتَقَ العَبْدَ فِي أَثْنَاءِ المُدَّةِ ، صَحَّ عِثْقُه ؛ لأَنَّه مَمْلُوكٌ يَصِحُّ بَيْعُه ، فَصَحَّ عِنْقُه كغيرِه ، وللمُصالِحِ أَن يَسْتَوْفِيَ نَفْعَه في المُدَّةِ ؛ لأنَّه أَعْتَقُه بعدَ أَن مَلَّكَ مَنْفَعَتَه لغيره ، فأشْبَهَ ما لو أَعْتَقَ الأُمَةَ المُزَوَّجَةَ لحُرٌّ . ولا يَرْجِعُ العَبْدُ على سَيِّدِه بشيءٍ ؟ لأنَّه ما أزال مِلْكَه بالعِتْق إلَّا عن الرَّقَبةِ ، والمَنافِعُ حِينَتن مِمْلُوكَةٌ لغيره ، فلم تَتْلَفْ مَنافِعُه بالعِثْق ، فلا يَرْجعُ بشيءٍ ، ولأنَّه أَعْتَقَه مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ فلم يَرْجِعْ بشيءٍ ، كَالُو أَعْتَقَ زَمِنًا ، أو مَقْطُوعَ اليَدَيْنِ ، أو أَمَةً مُزَوَّجَةً . وذَكَر القاضي ، وابنُ عَقِيلَ ، وَجْهَا أَنَّه يَرْجِعُ على سَيِّدِه بأَجْرِ مِثْلِه . وهو قولُ الشافعيُّ ؛ لأنَّ العِنْقَ اقْتَضَى إِزَالَةَ مِلْكِه عن الرَّقبةِ والمَنْفَعةِ جَمِيعًا ، فلمَّا لم تَحْصُل المَنْفَعَةُ للعَبْدِ هَلْهُنا ، فَكَأَنَّه حال بينَه وبينَ مَنْفَعَتِه . ولَنا ، أنَّ إعْتاقَه لم يُصادِفْ للمُعْتِق

الإنصاف

⁽١) سقط من : م .

سِوَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ ، فلم يُوَّرُّ إِلَّا فيه ، كَالُو وَصَّى لرجل برَقَبَةِ عَبْدٍ ولآخَرَ بَمَنْفَعَتِه ، فأَعْتَقَ صَاحِبُ الرَّقَبَةِ ، وكَالُو أَعْتَقَ أَمَةً مُزَوَّجَةً . قَوْلُهم : إنَّه اقْتَضَى زَوالَ المِلْكِ عن المَنْفَعَةِ . قُلْنا : إنَّما يَقْتَضِى ذلك إذا كانت مَمْلُوكَةً له ، أمّا إذا كانت مَمْلُوكَةً لغيرِه فلا يَقْتَضِى إعْتاقُه إزالَةَ ما ليس بمَوْجُودٍ . وإن تَبَيَّنَ أُبطُلانُ الصَّلْحِ لفَسادِ العِوَضِ ، ورَجَع المُدَّعِي فيما أقرَّ له به . وإن وَجَد العَبْدَ مَعِيبًا عَيْبًا () تَنْقُصُ به المَنْفَعَةُ ، فله رَدُّه وفَسْخُ الصَّلْحِ . وإن صالَحَ على العَبْدِ عَيْنِه ، صَحَّ . والحُكُمُ فيما إذا خَرَج مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا كَا ذَكَرْنا .

فصل: إذا ادَّعَى زَرْعًا فى يَدِ رجل ، فأقرَّ له به ، ثم صالَحَه على دَراهِمَ ، جاز على الوَجْهِ الذى يُجَوِّزُ بَيْعَ الزَّرْعِ . وقد ذَكَرْناه فى البَيْعِ . وَلَا كَانَ الْمَارِةِ عَلَى الزَّرْعُ فى يَدِ رَجُلَيْن ، فأقرَّ له أَحَدُهما بنِصْفِه ، ثم صالَحَه عليه قبلَ اشْتِدَادِ حَبِّه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه إن كان الصَّلْحُ مُطْلَقًا أو بشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُه . وإن شَرَط القَطْعَ ، لم يَجُزْ أيضًا ؛ التَّبْقِيَةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُه . وإن شَرَط القَطْعَ ، لم يَجُزْ أيضًا ؛ لكَوْنِه لا يُمْكِنُه قَطْعُه إلَّا بقَطْع ِ زَرْع ِ الآخرِ . ولو كان الزَّرْعُ لواحِد ، فأقرَّ للمُدَّعِي بنِصْفِه ، ثم صالَحَه عنه بنِصْفِ الأرْض ، ليَصِيرَ الزَّرْعُ كله فأقرَّ للمُدَّعِي بنِصْفِه ، ثم صالَحَه عنه بنِصْفِ الأرْض ، ليَصِيرَ الزَّرْعُ كله للمُقِرِّ ، والأرْضُ بينَهما نِصْفَيْن ، فإن شَرَط القَطْعَ جَاز ؛ لأنَّ الزَّرْع ِ ما ليس للمُقِرِّ ، فجاز شَرْط قَطْعِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ ؛ لأنَّ فى الزَّرْع ِ ما ليس

الانصاف

⁽١) سقط من : الأصل .

وَيَصِحُ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ بِمَعْلُومٍ ، إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ اللَّهُ عَنِ مَعْرِفَتُهُ لِلْحَاجَةِ .

الشرح الكبير

بمَبيع ، وهو النَّصْفُ الذي لم يُقِرُّ به ، وهو في النَّصْفِ الباقِي له ، فلا يَصِحُّ شَوْطُ قَطْعِه ، كما لو شَرَط قَطْعَ زَرْع ٍ آخَرَ فى أَرْضِ أُخْرَى . وإن صالَحَه عنه (١) بجَمِيع ِ الأرْض بشَرْطِ القَطْع ِ ليُسَلِّمَ الأرْضَ إليه فارغَةً ، صَحَّ ؛ لأنَّ قَطْعَ جَمِيع ِ الزرْعِ مُسْتَحَقٌّ نِصْفُه بحُكُم الصُّلْح ِ ، والباقِي لتَفْرِيغِ ِ الأَرْضِ ، فأَمْكَنَ القَطْعُ . وإن كان إقْرارُه بجَمِيع ِ الزَّرْعِ ، فصالَحَه مِن نِصْفِه على نِصْفِ الأرْض ؛ لتكونَ الأرْضُ والزَّرْعُ بينَهما نِصْفَيْن ، وشَرَطا القَطْعَ في الجَمِيع ِ ، احْتَمَلَ الجَوازَ ؛ لأَنَّهما قد شَرَطا قَطْعَ كُلِّ الزَّرْعِ وتَسْلِيمَ الأرْضِ فارِغَةً . واحْتَمَلَ المَنْعَ ؟ لأنَّ باقِيَ الزَّرْعِ ِ ليس بمَبِيعٍ ، فلا يَصِحُّ شَرْطُ قَطْعِه فى العَقْدِ .

١٨٧٧ - مسألة : (ويَصِحُّ الصُّلْحُ عن المَجْهُولِ بِمَعْلُوم ، إذا كان ممَّا لا يُمْكِنُ مَعْرِفَتُه للحاجَةِ) يَصِحُّ الصُّلْحُ عن المَجْهُولِ ، سَواءٌ كان عَيْنًا أُو دَيْنًا ، إذا كان مِمّا لا سَبِيلَ إلى مَعْرِ فَتِه . قال أحمدُ ، في الرجلِ يُصالِحُ

قوله : ويَصِحُّ الصُّلْحُ عنِ المَجْهُولِ بمَعْلُومٍ ، إذا كانَ مما لا يُمْكِنُ مَعْرِفَتُه ۖ الإنصاف للحاجَةِ . وسواءٌ كان عَيْنًا أو دَيْنًا ، أو كان الجَهْلُ مِنَ الجانِبَيْن ، أو ممَّن عليه . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضي . وابنُ عَقِيلٍ ،

⁽١) في ر١ ، ق ، م : (منه) .

الشرح الكبير عن الشيء : فإن عَلِم أنَّه أَكْثُرُ منه ، لم يَجُزْ إِلَّا أَن يُوقِفَه (١) عليه ، إلَّا أن يكونَ مَجْهُولًا لا يَدْرى ما هو . ونَقَل عنه عبدُ الله ي، إذا اخْتَلَطَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ بقَفِيزِ شَعِيرٍ ، وطُحِنا ، فإن عَرَف قِيمَةَ دَقِيقِ الحِنْطَةِ ودَقِيقِ الشَّعِيرِ ، بيعَ هذا ، وأَعْطِيَ كلُّ واحِدٍ منهما قِيمَةَ مالِه ، إلَّا أن يَصْطَلِحا على شيء ويَتَحالًّا . وقال ابنُ أبي موسى : الصُّلْحُ الجائِزُ هو صُلْحُ الزَّوْجَةِ مِن صَداقِها الذي لا بَيِّنَةَ لها به ، ولا عِلْمَ لها ولا للوَرَثةِ بمَبْلَغِه ، وكذلك الرَّجُلان تكونُ بينَهما المُعامَلَةُ والحِسابُ الذي قد مَضَى عليه الزَّمَنُ الطُّويلُ ، لا عِلْمَ لَكُلِّ وَاحِدٍ منهما بما عليه لصاحِبه ، فيجوزُ الصُّلْحُ بَيْنَهما ، وكذلك مَن عليه حَقٌّ لا عِلْمَ له بقَدْرِه ، جاز أن يُصالِحَ عليه ، وسواءٌ كان صاحِبُ الحَقِّ يَعْلَمُ قَدْرَ حَقُّه ولا بَيِّنَةَ له ، أو (٢) لا عِلْمَ له . ويقولُ القابضُ : إن كان لى عليك حَقٌّ ، فأنَّتَ منه في حِلٌّ . ويقولُ الدَّافِعُ : إن كنتَ أَخَذْتَ أَكْثَرَ مِن حَقُّك ، فأنْتَ منه في حِلٍّ . وقال الشافعيُّ : لا يَصِحُّ الصُّلْحُ [٨٦/٤] على مَجْهُولِ ؛ لأنَّه فَرْ عُ البَيْعِ ِ ، والبَيْعُ لا يَصِحُّ على مَجْهُولِ .

الإنصاف وقطَع به كثيرٌ منهم . وخرَّ ج^(٣) القاضي ، في « التَّعْلِيق » ، وأبو الخَطَّاب ، في « الانْتِصارِ » ، وغيرُهما ، عدَمَ الصُّحَّةِ في صُلْحِ المَجْهولِ ، والإِنْكارِ مِنَ البَراءَةِ مِنَ المَجْهُولِ . وخرَّجَه في ﴿ التَّبْصِرَةِ ﴾ مِنَ الإبْراء مِن عَيْبٍ لم يَعْلَما به . وقيل :

⁽١) في ر، ق: (يوافقه) .

⁽٢) في الأصل ، م : ﴿ و ﴾ .

⁽٣) ف الأصل ، ط : و فأخرج ، .

ولَنا ، ما رُويَ عن النبيِّ عَلِيلَةٍ ، ('أَنَّه قال') في رَجُلَيْنِ اخْتَصَما في مَوارِيثَ الشرح الكبير دَرَسَتْ : ﴿ اسْتَهِمَا ، وتَوَخَّيَا (٢) ، وَلْيَحْلِلْ أَحَدُكُما صَاحِبَهُ ﴾ . رَواه أَحْمَدُ بَمِعِناهُ (٢) . وهذا صُلْحٌ على المَجْهُول ، ولأنَّه إسْقاطُ حَقٌّ ، فصَحَّ في المَجْهُولِ ، كالعَتاقِ ، ولأنَّه إذا صَحَّ الصُّلْحُ مع العِلْمِ وإمكانِ أداءِ الحَقِّ بعَيْنِه ، فَلَأَن يَصِحُّ مع الجَهْل أَوْلَى ، وذلك لأنَّه إذا كان مَعْلُومًا ، فلهما طَريقٌ إلى التَّخَلُّص ، وبَراءَةِ أَحَدِهما مِن صاحِبِه بدُونِه ، ومع الجَهْلِ لا يُمْكِنُ ذلك ، فلو لم يَجُز الصُّلْحُ ، أَفْضَى إلى ضَياعِ المالِ ، على تَقْدِيرِ أن يكونَ بينهما مالُّ (٤) لا يَعْرِفُ كلُّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حَقُّه منه . ولا نُسَلُّمُ كَوْنَه فَرْعَ بَيْعٍ ، وإنَّما هو إبْراءٌ . وإن سَلَّمْنا كَوْنَه فَرْعَ بَيْعٍ ، فإنَّ البَيْعَ يَصِحُ فِي المَجْهُولِ عندَ الحاجَةِ ، كَبَيْعِ أَساساتِ الحِيطانِ ، وطَيِّ الآبارِ ، وما مَأْكُولُه في جَوْفِه ، ولو أَتْلَفَ رجلٌ صُبْرَةَ طَعامِ لا يَعْلَمُ قَدْرَها ، فقال صاحِبُ الطّعام لمُتْلِفِه : بعْتُك الطّعامَ الذي في ذِمَّتِك بهذا الدُّرْهَم (٥) .

لا يصِحُّ عن أعْيانٍ مَجْهُولَةٍ ؛ لكَوْنِه إبْراءً ، وهي لا تَقْبَلُه . وقال (٦) في « التَّرْغِيبِ » : وهو ظاهِرُ كلامِه . واخْتارَه في « التَّلْخيصِ » ، وقال : قالَه القاضي في « التَّعْلِيقِ الكَّبيرِ » .

[.] ١ - ١) سقط من : م .

⁽٢) في ر ، ر١ : ﴿ تُواخياً ﴾ .

⁽٣) تقدم تخريجه في ٢٥٧/١١ .

⁽٤) في الأصل: ﴿ ما ».

⁽٥) في ر : ﴿ الدراهم ﴾ . وفي را : ﴿ أَلْفَ دَرَهُم ﴾ .

⁽٦) في الأصل ، ط: ﴿ قاله ﴾ .

الشرح الكبير أو: بهذا الثُّوب. صَحَّ . إذا ثَبَت هذا ، فمتى كان العِوَضُ في الصُّلْحِ ممّا لا يَحْتاجُ إلى تَسْلِيمِه ، ولا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه ، كالمُخْتَصِمَيْن في مَوارِيثَ دارِسَةٍ ، وحُقُوقٍ سالِفَةٍ ، أو في أرْضِ أو عَيْنِ مِن المال لا يَعْلَمُ كلُّ واحدٍ منهما(١) قَدْرَ حَقَّه فيها(١) ، صَحَّ الصُّلْحُ مع الجَهالَةِ مِن الجانِبَيْنِ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الخَبَرِ والمَعْنَى . وإن كان ممّا " يَحْتاجُ إلى تَسْلِيمِه ، لم يَجُزْ مع الجَهالَةِ ، ولا بُدَّ مِن العِلْمِ به ؛ لأنَّ تَسْلِيمَه واجِبُّ ، والجَهَالَةُ تَمْنَعُه وتَفْضِي إلى التَّنازُعِ ، فلا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الصُّلْحِ .

فصل : فأمَّا ما يُمْكِنُهما مَعْرفَتُه ، كتَركَةٍ مَوْجُودَةٍ ، أو يَعْلَمُه الذي هو عليه ويَجْهَلُه صاحِبُه ، فلا يَصِحُّ الصُّلْحُ عليه مع الجَهْلِ. قال أحمدُ: إِن صُولِحَتِ امرأةٌ مِن (١) ثُمُنِها ، لم يَصِعُ . واحْتَجُّ بقَوْلِ شُرَيْحٍ : أَيُّما امرأةٍ صُولِحَتْ مِن ثُمُنِها ، لم يَتَبَيَّنْ لها ما تَرَك زَوْجُها ، فهي الرِّيبَةُ كلُّها . قال : وإن وَرِث قَوْمٌ مالًا ودُورًا وغيرَ ذلك ، فقالُوا لبعضِهم : نُخْرَجُك

تنبيه : مَفْهُومُ كلامِه ، أنَّه إذا أمْكَنَ مَعْرِفَةُ المَجْهُول ، لا يَصِحُّ الصُّلْحُ عنه . وهو صحيحٌ . جزَم به في « المُغْنِي » ، و « الكافِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، وغيرِهم ؛ لعدَم ِ الحاجَةِ ، كالبَيْع ِ . قال في « الفُروع ِ » : وهو ظاهِرُ نُصوصِه . وهو ظاهِرُ ما جزَم به في « الإِرْشادِ » وغيرِه .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) سقط من : ر ، م .

⁽٣) سقط من : م .

⁽٤) في الأصل : (عن) .

مِن المِيراثِ بأَلْفِ دِرْهم ِ . أَكْرَهُ ذلك . ولا يَشْتَرِي منها شيئًا(١) وهي لا تَعْلَمُ ، لَعَلَّهَا تَظُنُّ أَنَّه قَلِيلٌ وهو يَعْلَمُ أَنَّه كَثِيرٌ ، ولا يَشْتَرى حتى تَعْرِفَه وتَعْلَمَ ما هو ، إنَّما يُصالِحُ الرجلُ الرجلَ على الشيءِ لا يَعْرِفُه ولا يَدْرِي ما هو حِسابُ بينهما ، فيُصالِحُه ، أو يكونُ رجلٌ يَعْلَمُ ما له عندَ رجلٍ ، والآخَرُ لا يَعْلَمُه فيُصالِحُه ، فأمّا إذا عَلِم فلم يُصالِحُه ، إنَّما يُرِيدُ أَن يَهْضِمَ حَقُّه ، ويَذْهَبَ به . وذلك لأنَّ الصُّلْحَ إنَّما جاز مع الجَهالَةِ للحاجَةِ إليه لإِبْرَاءِ الذُّمَمِ ، وإزالَةِ المُنازَعَاتِ(٢) ، فمع إمْكانِ العِلْمِ لا حاجَةَ إلى الصُّلْحِ مع الجَهالةِ ، فلم يَصِحُّ كالبّيعرِ .

[٨٧/٤] فصل : قال الشيخُ ، رَضِيَ اللهُ عنه : (القِسْمُ الثّانِي ، أن يَدُّعِيَ عليه عَيْنًا أُو دَيْنًا ، فيُنْكِرَه ثم يُصالِحَه على مالٍ ، فيَصِحُّ ، ويكونُ

والذي قدَّمه في ﴿ الفُروعِ ﴾ ، أنَّه كَبَراءَةٍ مِن مَجْهُولِ . قال في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ : الإنصاف وقد نزَّلَ أصحابُنا الصُّلْحَ عن المَجْهولِ المُقَرِّ به بمَعْلُوم مَنْزِلَةَ الإِبْراءِ مِنَ المَجْهُولِ ، فَيَصِحُ على المَشْهُورِ ؛ لقَطْعِ النِّزاعِ . وإنْ قُلْنا : لا يصِحُّ الإِبْراءُ مِنَ المَجْهُول . فلا يصِحُّ الصُّلْحُ عنه .

> فَائِدَةً : حَيْثُ قُلْنَا : يَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ بَنَقْدٍ وَنَسِيئَةٍ . جزَم به في « الفُروعِ · » ، وغيرُه مِنَ الأصحاب .

قوله: القِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَدَّعِيَ عليه عَيْنًا ، أَو دَيْنًا ، فَيُنْكِرَه – أَو يَسْكُتَ – ثم

⁽١) في ق : (شيء) .

⁽٢) في را ، ر ، ق : ﴿ المنازعة ﴾ . وفي م : ﴿ الخصام ﴾ .

المنه يُصَالِحَهُ عَلَى مَال ، فَيَصِحُّ ، وَيَكُونَ بَيْعًا فِي حَقِّ الْمُدَّعِي ، حَتَّى إِنْ وَجَدَ بِمَا أَخَذَهُ عَيْبًا فَلَهُ رَدُّهُ ١١١٤] وَفَسْخُ الصُّلْحِ .

الشرح الكبير بَيْعًا في حَقِّ المُدَّعِي ، حتى إن وَجَد بما أَخَذَه عَيْبًا فله رَدُّه وفَسْخُ الصُّلْحِ) الصُّلْحُ على الإنْكار صَحِيحٌ. وبه قال مالكٌ، وأبو حنيفة . وقال الشافعيُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عاوَضَ عمَّا لم يَثْبُتْ له ، فلم تَصِحُّ المُعاوَضَةُ ، كَالُو بِاع مالَ غيره ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ خَلا عن العِوَض في أَحَدِ جانِبَيْه ، فَبَطَلَ ، كَالصُّلْحِ على حَدِّ القَذْفِ . ولنا ، عُمُومُ قَوْلِه عليه السَّلامُ : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ »(١) . فيَدْخُلُ هذا في عُمُومِه . فإن قالُوا : فقد قال : ﴿ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا ﴾ . وهذا داخِلٌ فيه ؛ لأنَّه لم يَكُنْ له أَن يَأْخُذَ مِن مالِ المُدَّعَى عليه ، فحَلَّ بالصُّلْحِ . قُلْنا : لا نُسَلِّمُ دُخُولَه فيه ، ولا يَصِحُّ حَمْلُ الحَدِيثِ على ما ذكَرُوهُ ؛ لوَجْهَيْن ؛ أَحَدُهما : أنَّ هذا يُوجَدُ^(١) في الصُّلْحِ بِمَعْنَى البَيْعِ ، فإنَّه يُحِلَّ لكلِّ واحِدٍ منهما ما كان مُحَرَّمًا عليه قبلَه ، وكذلك الصُّلْحُ بمَعْنَى الهِبَةِ ، فإنَّه يُحِلُّ للمَوْهُوبِ له ما كان حَرامًا عليه . الثاني ، أنَّه لو حَلَّ به المُحَرَّمُ ، لكان الصُّلْحُ صَحِيحًا ؟

الإنصاف يُصالِحَه على مَالٍ ، فَبَصحٌّ ، ويَكُونَ بيْعًا في حَقِّ المُدَّعِي ، حتى إِنْ وجَد بما أَخَذَه عَيْبًا ، فله رَدُّه وفَسْخُ الصُّلْحِ ، وإنْ كانَ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ثَبَتَتْ فيه الشُّفْعَةُ – وإنْ صالَحَ ببعض ِ العَيْنِ المُدَّعَى بها ، فهو كالمُنْكِر . قالَه الأصحابُ . قال في

⁽١) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٣ .

⁽٢) في ق ، م : ﴿ يُؤْخِذُ ﴾ .

فإنَّ الصُّلْحَ الفاسِدَ لا^(١) يُحِلُّ الحَرامَ ، وإنَّما مَعْناه^(٢) ما يُتَوَصَّلُ به إلى الشرح الكبير تَناوُلِ المُحَرُّم مع بَقائِه على تَحْريمِه ، كما لو صالَحَه على اسْتِرْقاق ِحُرٌّ ، أو إخلال بُضْع مُحرَّم ، أو صالَحَه بخَمْر أو خِنْزِير ، وليس ما نحن فيه كذلك . وعلى أنَّهم لا يَقُولُونَ بهذا ، فإنَّهم يُبِيحُون لمَن له حَقٌّ يَجْحَدُه غَرِيمُه ، أَنْ يَأْخُذَ مِن مالِه بقَدْرِه ، أو دُونَه . فإذا حَلَّ له ذلك مِن غيرِ اختِيارِه ولا عِلْمِه ، فلأن يَحِلُّ برضاه وبَذْلِه أَوْلَى . وكذلك إذا حَلُّ مع اعْتِرافِ الغَريم ، فلأن يَحِلُّ مع جَحْدِه وعَجْزِه عن الوُصُولِ إلى حَقُّه إلا بذلِك أوْلَى ، ولأنَّ المُدَّعِيَ هَلْهُنا يَأْخُذُ عِوَضَ حَقَّه التَّابِتِ له ، والمُدَّعَى عليه (٢) يَدْفَعُه لدَفْع ِ الشُّرِّ عنه ، ولِقَطْع ِ الخُصُومةِ ، ولَمْ يَردِ الشُّرْعُ بتَحْرِيمِ ذلك في مَوْضِعٍ ، ولأنَّه صُلْحٌ يَصِحُ مع الأَجْنَبِيِّ ، فصَحَّ مع الخَصْم ، كالصُّلْح مع الإقرار . يُحَقِّقُه أنَّه إذا صَحَّ مع الأَجْنَبِيِّ مع غِناه عنه ، فلأن يَصِحُّ مع الخَصْم ِ مع حاجَتِه إليه أُوْلَى . وقَوْلُهم : إنَّه مُعاوَضَةً . قُلْنا : في حَقِّهما أو في حَقِّ أَحَدِهما ؟ الأُوَّلُ مَمْنُوعٌ ، والثَّانِي مُسَلَّمٌ ؛ وهذا لأنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّه مِن المُنْكِر لعِلْمِه بثُبُوتِ حَقَّه

« الفُروع ِ » : وفيه خِلافٌ . قال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى^(؛) » : فهو كالمُنْكِر . وف صِحَّتِه احْتِمالان - ويَكُونُ إِبْراءً في حَقِّ الآخَر ، فلا يُرَدُّ ما صالَحَ عنه بعَيْبِ ، ولا

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في م : و منعناه ۽ .

⁽٣) سقط من : الأصل .

⁽٤) سقط من : ط .

الشرح الكبير عندَه ، فهو مُعاوَضَةٌ في حَقِّه ، والمُنْكِرُ يَعْتَقِدُ أَنَّه يَدْفَعُ المَالَ لدَفْع الخُصُومةِ واليَمِينِ عنه ، ويُخَلِّصُه مِن شَرِّ المُدَّعِي ، فهو أَبْرَأُ في حَقُّه ، وغيرُ [٨٧/٤] مُمْتَنِع ٍ ثُبُوتُ المُعاوَضَةِ في حَقِّ أَحَدِ المُتعَاقِدَيْن دُونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا شَهِد بحُرِّيَّتِه ، فإنَّه يَصِحُّ ، ويكونُ مُعاوَضَةً في حَقِّ البائِعِ ، واسْتِنْقاذًا له مِن الرِّقِّ في حَقِّ المُشْتَرى ، كذا هـ هُنا . إِذَا ثَبَت هذا ، فلا يَصِحُّ هذا الصُّلْحُ إِلَّا أَن يكونَ المُدَّعِي مُعْتَقِدًا أَنَّ ما ادَّعاه حَقٌّ ، والمُدَّعَى عليه يَعْتَقِدُ أَنَّه لا حَقَّ عليه ، فيَدْفَعُ إلى المُدَّعِي شيئًا ، افْتِداءً ليَمِينِه ، وقَطْعًا للخُصُومَةِ ، وصِيانَةً لتَفْسِه عن التَّبَذَّلِ وحُضُورٍ

يُؤْخَذُ بشُفْعَةٍ . اعْلَمْ أَنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهب ، صِحَّةُ الصُّلْحِ على الإِنْكارِ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وعنه ، لا يصِحُّ الصُّلْحُ عن ِ الإِنْكَارِ . فعلى المذهب ، يَثْبُتُ فيه ما قالَ المُصَنِّفُ ، وعليه الأصحابُ . لكِنْ قال في « الإرْشادِ » : يصِحُّ هذا الصُّلْحُ بنَقْدٍ ونَسِيئَةٍ . لأنَّ المُدَّعِيَ مُلْجَأٌّ إلى التَّأْخير بتَأْخير خَصْمِه . قال في ﴿ التَّلْخِيصِ ﴾ ، و ﴿ التَّرْغِيبِ ﴾ : وظاهِرُ ماذكرَه ابنُ أبي مُوسى ، أنَّ أَحْكامَ البَّيْعِ والصَّرْفِ لا تَثْبُتُ في هذا الصُّلْحِ ، إلَّا فيما يَخْتَصُّ بالبَّيْعِ ؟ مِن شُفْعَةٍ عليه ، وأُخْذِ زِيادَةٍ ، مع اتِّحادِ جِنْسِ المُصالَحِ عنه والمُصالَحِ به ؛ لأنَّه قد أمْكَنَه أُخْذُ حقِّه بدُونِها ، وإنْ تأخُّر . واقْتَصرَ صاحِبُ ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ على قوْلِ أحمدَ : إذا صالَحَه على بعض ِ حقِّه بتَأْخيرٍ ، جازَ . وعلى قولِ ابنِ أَبِي مُوسى : الصُّلْحُ جائزٌ بالنَّقْدِ والنَّسيئَةِ . ومَعْناه ذَكَرَه أَبُو بَكْر ؛ فإنَّه قال : الصُّلْحُ بالنَّسِيئَةِ . ثُم ذَكَر روايَةَ مُهَنَّا ، يَسْتَقيمُ أَنْ يَكُونَ صُلْحًا بِتَأْخِيرٍ ، فإذا أَخَذَه منه ، لم يُطالِبْه بالبَقِيَّةِ . انتهى . قلتُ : ممَّن قطَع بصِحَّةِ صُلْحِ الإِنْكارِ بنَقْدٍ ونَسِيئَةٍ ؛ ابنُ حَمْدانَ ، في ﴿ الرِّعايَةِ ﴾ ،

وَإِنْ كَانَ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ثَبَتَتْ فِيهِ الشَّفْعَةُ ، وَيَكُونُ إِبْرَاءً فِي اللَّهُ عَلَى اللَّهَ عَلَى اللَّهَ عَلَّى اللَّهَ اللَّهُ عَلَّى اللَّهُ عَلَّى اللَّهُ عَلَّهُ بِعَيْبٍ ، وَلَا يُؤْخَذُ بِشُفْعَةٍ .

لشرح الكبير

مَجْلِسِ الحَاكِمِ ، فإنَّ ذَوِى الأَنْفُسِ الشَّرِيفَةِ يَصْعُبُ عليهم ذلك ، ويرَوْن دَفْعَ ضَرَرِها عنهم مِن أَعْظَمِ المَصالِحِ ، والشَّرْعُ لا يَمْنَعُهم مِن وقايَةِ أَنْفُسِهم وصِيانَتِها ، ودَفْعِ الشَّرِعنهم ببَذْلِ أَمُوالِهم ، والمُدَّعِى يَأْخُذُ وقايَةٍ أَنْفُسِهم وصِيانَتِها ، ودَفْعِ الشَّرِعنهم ببَذْلِ أَمُوالِهم ، والمُدَّعِى يَأْخُذُ ذَلك عَوضًا عن حَقِّه الذي يَعْتَقِدُ ثُبُوتَه ، فلا يَمْنَعُه الشَّرْعُ مِن ذلك ، سَواءً كان المَأْخُوذُ مِن جِنْسِ حَقِّه اللّه ومِن غيرِ جِنْسِه ، بقَدْرِ حَقِّه أو دُونَه . فإن أَخَذَ مِن جِنْسِ حَقِّه ، وإن أَخَذَ دُونَه فقد اسْتَوْفَى حَقَّه ، وإن أَخَذَ مِن غيرِ جِنْسِ حَقَّه فقد أَخَذَ مُونَه ولا يجوزُ أَن يَأْخُذَ مِن جِنْسِ حَقِّه أَكْثَرَ منه ؛ لأَنَّ الرَّائِدَلا مُقابِلَ له ، فيكونُ ولا يجوزُ أَن يَأْخُذَ مِن جِنْسِ حَقِّه أَكْثَرَ منه ؛ لأَنَّ الرَّائِدَلا مُقابِلَ له ، فيكونُ ولا يجوزُ أَن يَأْخُذَ مِن جِنْسِ حَقِّه أَكْثَرَ منه ؛ لأَنَّ الرَّائِدَلا مُقابِلَ له ، فيكونُ ولا عُتِوزً أَن يَأْخُذَ مِن جِنْسِ حَقِّه أَكْثَرَ منه ؛ لأَنَّ الرَّائِدَلا مُقابِلَ له ، فيكونُ طَالِمًا بأَخْذِه . وإن أَخَذَ مِن غيرِ جِنْسِه جاز ، ويكونُ بَيْعًا في حَقِّ المُدَّعِي ؛ لأَنْ الرَّائِ وَجَد بما أَخذَه عَيْبًا ، فله لاعْتِقادِه أَخْذَه عَوْضًا فيَلْزَمُه حُكْمُ إقْرارِه . فإن وَجَد بما أَخذَه عَيْبًا ، فله رَدُّه وفَسْخُ الصَّلْحِ ، كَا لُو اشْتَرَى شيئًا فوَجَدَه مَعِيبًا .

م ١٨٧٨ - مسألة : (وإن كان شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ثَبَتَتْ فيه الشَّفْعةُ ، ويكونُ إِبْراءً في حَقِّ الآخِرِ ، فلا يَرُدُّ ما صالَحَ (٢) عنه بِعَيْبٍ ، ولا يُؤْخَذُ بشُفْعة) إذا كان الذي أَخَذَه المُدَّعِي شِقْصًا في دارٍ أو عَقارٍ ، وَجَبَتْ فيه

وذكَرَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ ِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم ، عن الإنصاف ابن أبى مُوسى ، واقْتَصرُوا عليه .

⁽۱ - ۱) سقط من: م.

⁽٢) في ر ، قي ، م : ١ صولح ١ .

وَمَتَى كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا بِكَذِبِ نَفْسِهِ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ فِي حَقِّهِ ، وَمَا أَخَذَهُ حَرَامٌ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

الشَّفْعَةُ ؛ لأَنَّه يُقِرُّ أَنَّ الذَى أَخَذَه عِوَضًا ، فَهُو كَالُو اشْتَراه ، ويكُونُ إِبْراءً فَى حَقِّ المُنْكِرِ ؛ لأَنَّه دَفَع المالَ افْتِداءً ليَمِينِه ودَفْعًا للصَّرَرِ عنه ، لا(۱) عِوَضًا عن حَقِّ يَعْتَقِدُه ، فيلزَمُه أيضًا حُكْمُ إِقْرارِه . فإن وَجَد بِالمُصالَحِ عنه عَيْبًا ، لم يَرْجِعْ به على المُدَّعِي ؛ لاعْتِقادِه أَنَّه ما أَخَذَه عِوضًا . وإن كان شِقْصًا لم تَثْبُتْ فيه الشَّفْعَةُ ؛ لأَنَّه يَعْتَقِدُه على مِلْكِه ، لم يَزُلُ ، وما مَلكَه بالصَّلْحِ . ولو دَفَع المُدَّعَى عليه إلى المُدَّعِي ما ادَّعاه أو بعضه ، مَلكَه بالصَّلْحِ . ولو دَفَع المُدَّعَى عليه إلى المُدَّعِي ما ادَّعاه أو بعضه ، لم يَثْبُتُ فيه الشَّفْعَةُ ؛ لأَنَّ المُدَّعِي يَعْتَقِدُ أَنَّه اسْتَوْفَى بعض حَقِّه ، وأَخَذَ عَيْنَ مَالِه ، مُسْتَرْجِعًا لها ممَّن هي عندَه ، فلم يَكُنْ يَيْعًا ، كاسْتِرْجاعِ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ .

۱۸۷۹ - مسألة : (فإن كان أحَدُهما عالِمًا بكَذِب نَفْسِه ، فالصُّلْحُ باطِلٌ فى حَقِّه ، وما أَخَذَهُ حَرَامٌ عليه) مَتى عَلِم أَحَدُهما كَذِبَ نَفْسِه ، كَمَن ادَّعَى شيئًا يَعْلَمُ أَنَّه ليس له أو أَنْكَرَ حَقَّا يَعْلَمُ أَنَّه عليه ، فالصُّلْحُ باطِلٌ فى الباطِنِ ؛ لأنَّ المُدَّعِى [٤/٨٨و] إذا كان كاذِبًا ، فما يَأْخُذُه أكل للمالِ بالباطِل ، أَخذَه بشَرِّه وظُلْمِه ، لا عِوَضًا عن حَقٍّ ، فيكونُ حَرامًا عليه ، كمَن خَوَّفَ رجلًا بالقَتْل حتى أَخذَ مالَه . وإن كان المُدَّعَى عليه يَعْلَمُ كَمَن خَوَّفَ رجلًا بالقَتْل حتى أَخَذَ مالَه . وإن كان المُدَّعَى عليه يَعْلَمُ

الإنصاف

⁽١) في الأصل: ﴿ لأنه ، .

وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُنْكِرِ أَجْنَبِيٌّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، صَحَّ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ اللَّهَ ع فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

صِدْقَ المُدَّعِي وجَحَدَه لَيْنْتَقِصَ حَقَّه أو يُرْضِيَه عنه بشيءٍ ، فهو هَضْمٌ الشرح الكبير للحَقِّ ، وأكَّلُ مالِ بالباطِلِ ، فيكونُ ذلك حَرامًا ، والصُّلْحُ باطِلٌ ، ولا يَحِلُّ له مالُ المُدَّعِي بذلك . هذا حُكْمُ الباطِن ، وأمَّا الظَّاهِرُ لَنا فهو الصِّحَّةُ ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ باطِنَ الحالِ ، إنَّما ينْبَنِي الأمْرُ على الظَّاهِرِ ، والظَّاهِرُ مِن حالِ المسلمين الصِّحَّةُ . ولو ادَّعَى على رجل ودِيعَةً ، أو قَرْضًا ، أو تَفْرِيطًا في وَدِيعَةٍ أُو مُضارَبَةٍ ، فأنْكَرَ ، واصْطَلَحَا ، صَحَّ ؛ لِما ذَكَرْناه .

> • ١٨٨ - مسألة : (فإن صالَحَ عن المُنْكِرِ أَجْنَبِيٌ بغيرِ إِذْنِه ، صَحَّ ، و لم يَرْجِعْ عليه في أَصَحِّ الوَجْهَيْن) إذا صالَحَ عن المُنْكِرِ أَجْنَبِيٌّ ، صَحَّ ، سَواءٌ اعْتَرَفَ للمُدَّعِي بصِحَّةِ دَعْواه أو لم يَعْتَرفْ ، وسواءٌ كان بإذْنِه أو

قوله : وإنْ صالَحَ عن المُنْكِرِ أَجْنَبِيٌّ بغيرِ إذْنِه ، صَحَّ . إذا صالَحَ عن المُنْكِرِ الإنصاف أَجْنَبِيٌّ ؟ فتارَةً يكونُ المُدَّعَى به دَيْنًا ، وتارَةً يكونُ عَيْنًا ؟ فإنْ كان المُدَّعَى به دَيْنًا ، صحَّ الصُّلْحُ عندَ الأصحابِ ، وجزَم (ابه الأكثرُ ؛ منهم صاحِبُ ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . وقيل : لايصِحُّ ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنِ لغيرِ المَدْيونِ . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وإنْ كان عَيْنًا' ۚ ، و لم يَذْكُرْ أَنَّ المُنْكِرَ وَكَّلَه ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، صِحَّةُ الصُّلْحِ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِه في « الوَجيزِ » وغيرِه . وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الكافِي » ، و. « الشُّرْحِ ِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجِّي » . وقدَّمه في ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ . وقيل : لايصِحُّ إِنْ لم يدَّع ِ أَنَّه وَكَّلَه . جزَم به

⁽١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير بغير إذْنِه . وقال أصْحابُ الشافعيِّ : إنَّما يَصِحُّ إذا اعْتَرَفَ للمُدَّعِي(١) بصِدْقِه . وهذا مَبْنِيٌّ على صُلْح ِ المُنْكِر ، وقد ذَكَرْناه . ثم لا يَخْلُو الصُّلْحُ أَن يكونَ عن دَيْنِ أو عَيْنِ ؟ فإن كان عن دَيْنِ ، صَعَّ ، سَواءٌ كان بإذْنِ المُنْكِر ، أَوَ بغير إِذْنِه ؛ ﴿ لأَنَّ قَضاءَ الدَّيْنِ عن غيرِه جائِزٌ بإِذْنِه وبغير إِذْنِهِ ؟ فإنَّ عليًّا وأبا قَتادَةً ، قَضَيا عن المّيِّتِ ، فأجازَه النبيُّ عَلِيُّكُم (٢) . وإن كان الصُّلْحُ عن عَيْنِ بإِذْنِ المُنْكِرِ ، فهو كالصُّلْحِ منه ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يَقُومُ مَقامَ المُوَكَلِ . وإن كان بغيرِ إذْنِه ، فهو افْتِداءٌ للمُنْكِر مِن الخُصُومَةِ ، وإبْراءٌ له مِن الدَّعْوَى ، وذلك جائِزٌ . وفي المَوْضِعَيْن ، إذا صالَحَ عنه بغير إِذْنِه ، لم يَرْجعْ عليه بشيءِ ؛ لأنَّه أدَّى عنه ما لا يَلْزَمُه أَداؤُه . وخَرَّجَه القاضى وأبو الخَطاب على الرِّوَايَتَيْن ، فيما إذا قَضَى دَيْنَه التَّابِتَ بغير إِذْنِه . وهذا التَّخْرِيجُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا لم يَثْبُتْ وجُوبُه على المُنْكِر ، ولا يَلْزَمُه أداوُّه إلى المُدَّعِي ، فكيف يَلْزَمُه أداوُّه إلى غيره ؟ ولأنَّه أدَّى عنه ما لا يَجبُ عليه ، فكان مُتَبَرِّعًا ، كما لو تَصَدَّقَ عنه . ومَن قال برُجُوعِه ، فإنَّه يَجْعَلُه

الإنصاف في « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وهو ظاهِرُ ماجزَم به ابنُ رَزِين في « نِهايَتِه » . وأَطْلَقَهما في « الفُروع ِ » .

قوله : و لم يَرْجعْ عليه ، في أَصَحُّ الوَجْهَين . قال في « الخُلاصَةِ » : لايصِحُّ فِ الْأَصَحِّ . وصحَّحه ابنُ مُنجَّى في ﴿ شَرْحِه ﴾ . قال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ :

⁽١) في الأصل ، ر١ ، م : ﴿ المدعى ﴾ .

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

⁽٣) تقدم تخريج قصتهما في صفحة ٩.

كَالْمُدَّعِي فِي الدَّعْوَى على المُنْكِرِ ، أمّا أنَّه يَجِبُ له الرُّجُوعُ بما أدّاه (١) حَتْمًا ، فلا وَجْهَ له أَصْلًا ؛ لأنَّ أَكْثَرَ ما يَجِبُ لمَن قَضَى دَيْنَ غيرِه أَن يَقُومَ مَقامَ صاحِبِ الدُّيْنِ ، وصاحِبُ الدُّيْنِ هَلْهُنا لَم يَجِبُ لَه حَقٌّ ، ولا لَزِمِ الأداءُ إليه ، و لم يَثْبُتْ له أَكْثَرُ مِن جَوازِ الدَّعْوَى ، فكذلك هذا . ويُشْتَرَطُ في جَوازِ الدَّعْوَى أَن يَعْلَمَ صِدْقَ المُدَّعِي ، فأمَّا إِن لم يَعْلَمْ ، لم يَحِلُّ له دَعْوَى شيءِ لا يَعْلَمُ ثُبُوتَه .

١٨٨١ – مسألة : (وإن صالَحَ الأَجْنَبِيُّ لنَفْسِه ؛ لتكونَ المُطالَبَةُ

أَظْهَرُهُما ، لايرْجِعُ . واخْتارَه في « الجاوِي الكَبِيرِ » . وهو ظاهرُ ماجزَم به في الإنصاف « الحاوِي الصَّغِيرِ » ؛ فإنَّه [١٢٩/٢ظ] قال : ورجَع إنْ كان أَذِنَ . وجزَم به في « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « الفائقِ » ، و « الشُّرْحِ ِ » . والوَجْهُ الثَّانِي ، يرْجِعُ إِنْ نَوَى الرُّجوعَ ، وإلَّا فلا . قال المُصَنِّفُ ، ومَن تَبِعَه : وخرَّجه القاضي(٢) ، وأبو الخَطَّابِ على الرِّوايتَيْن ، فيما(٢) إذا قضَى ديْنَه الثَّابِتَ بغيرِ إِذْنِه . قال المُصَنِّفُ : وهذا التَّخْرِيجُ لايصِحُّ . وفرَّقَ بينَهما . قال في ﴿ الفائقِ ﴾ : والتَّخْرِيجُ باطِلٌ. وأطْلَقَهما في «الهِدايةِ»، و «المُذْهَبِ»، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ ِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الكَبير » ، و « الفُروع ِ » .

قوله : وإنْ صالَحَ الأَجْنَبِيُّ لنَفْسِه ؛ لتَكُونَ المُطالَبَةُ له ، غيرَ مُعْتَرِفٍ بصِحَّةِ

⁽۱) في م: « ادعاه ».

⁽٢) سقط من : الأصل ، ط .

المنع بِصِحَّةِ الدَّعْوَى ، أَوْ مُعْتَرِفًا بِهَا عَالِمًا بِعَجْزِهِ عَنِ اسْتِنْقَاذِهَا ، لَمْ يَصِحُّ . وَإِنْ ظَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَيْهِ ، صَحَّ . ثُمَّ إِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فَسْخِ الصُّلْحِ وإمْضَائِهِ .

الشرح الكبير له ، غيرَ مُعْتَرِفٍ بصِحَّةِ [٨٨/٤] الدَّعْوَى ، أو مُعْتَرفًا بها عالِمًا بعَجْزه عن اسْتِنْقاذِها ، لم يَصِح . وإن ظَنَّ القُدْرة عليه ، صَحَّ . فإن عَجَز عنه (١) فهو مُخَيَّرٌ بينَ فَسْخِ الصُّلْحِ وإمْضائِه)إذا صالَحَ الأَجْنَبِيُّ المُدَّعِيَ لنَفْسِه ؟ لتَكُونَ المُطالَبَةُ له ، فلا يَخْلُو إِمّا أن يَعْتَر فَ للمُدَّعِي بصِحَّةِ دَعُواه أو لا ، فإن لم يَعْتَرِفْ له ، فالصُّلْحُ باطِلٌ ؛ لأنَّه يَشْتَرِى منه ما لم يَثْبُتْ له ، ولم يَتَوَجَّهُ إليه خُصُومَةٌ يَفْتَدِي منها ، أَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى منه مِلْكَ غيرِه . وإنِ اعْتَرَفَ له بصِحَّةِ دَعُواه ، وكان المُدَّعَى دَيْنًا ، لم يَصِحُّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى ما لا يَقْدِرُ البائِعُ على تَسْلِيمِه (٢) ، ولأنَّه بَيْعٌ للدَّيْنِ مِن غيرِ مَن هو في ذِمَّتِه . وقال بعضُ أصحابِنا: يَصِحُّ . وليس بجَيِّدٍ ؛ لأنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ المُقَرِّبه مِن غيرِ مَن هو في ذِمَّتِه لا يَصِحُّ ، فَبَيْعُ دَيْنِ في ذِمَّةِ مُنْكِرٍ مَعْجُوزٍ عن قَبْضِه أُوْلَى . وإن كان المُدَّعَى عَيْنًا ، فقال الأَجْنَبِيُّ للمُدَّعِي : أنا أَعْلَمُ أَنَّك

الإنصاف الدَّعْوَى ، أو مُعْتَرِفًا بها ، عالِمًا بعَجْزِه عن ِ اسْتِنْقاذِها ، لم يَصِحُّ . إذا لم يَعْتَرِفِ الأَجْنَبِيُّ للمُدَّعِي بصِحَّةِ دَعُواه ، فالصُّلْحُ باطِلٌ ، بلا نِزاعٍ أَعْلَمُه . وإنِ اعْتَرَفَ له بصِحَّةِ الدَّعْوَى ، وكان المُدَّعَى به دَيْنًا ، لم يصِحَّ أيضًا . على الصَّحيح ِ مِنَ

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) في الأصل : (تسلمه) .

صادِقٌ ، فصَالِحْنِي عنها ، فإنِّي قادِرٌ على اسْتِنْقاذِها مِن المُنْكِرِ . فقالِ أَصْحَابُنا : يَصِحُّ الصُّلْحُ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأَنَّه اشْتَرَى منه مِلْكَه الذي يَقْدِرُ على قَبْضِه ، ثم إن قَدَر على أَخْذِه ، اسْتَقَرَّ الصُّلْحُ ، وإن عَجَز ، كان له الفَسْخُ ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له المَعْقُودَ عليه ، فكان له الرُّجُوعُ إلى بَدَلِه . ويَحْتَمِلُ أَنَّه إِن تَبَيَّنَ أَنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ كان فاسِدًا ؛ لأنَّ الشُّرْطَ الذي هو القُدْرَةُ على قَبْضِه مَعْدُومٌ حالَ العَقْدِ ، فكان فاسِدًا ، كَالُو اشْتَرَى عَبْدَه ، فتَبَيَّنَ أَنَّه آبقٌ ، أو مَيِّتٌ . ولو اعْتَرُفَ له بصِحَّة دَعْواه ، ولا يُمْكِنُه اسْتِنْقاذُه ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه اشْتَرَى ما لا يُمْكِنُه قَبْضُه ، فأشْبَهَ شِراءَ العَبْدِ الآبِقِ. فإنِ اشْتَراه وهو يَظُنُّ أنَّه عاجزٌ عن قَبْضِه ، فتَبَيَّنَ أَنَّ قَبْضَه مُمْكِنٌ ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّ البَيْعَ تَناوَلَ ما يُمْكِنُ قَبْضُه ، فصَحَّ ، كَمَا لُو عَلِما ذلك . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّه ظَنَّ عَدَمَ الشَّرْطِ ، فأَشْبَهَ ما لو باع عَبْدًا يَظُنُّ أَنَّه حُرٌّ ، أو أَنَّه عَبْدُ غيرِه ، فتَبَيَّنَ أَنَّه عَبْدُه . ويَحْتَمِلُ أَن يُفَرَّقَ بِينَ مَن يَعْلَمُ أَنَّ البَيْعَ يَفْسُدُ بالعَجْزِ عن تَسْلِيم ِ المَبِيع ِ وبينَ من لا يَعَلْمُ ذلك ؟ لأنَّ مَن يَعْلَمُ ذلك يَعْتَقِدُ فَسادَ البَيْعِ والشِّراء ، فكان بَيْعُه فاسِدًا ، لكَوْنِه مُتَلاعِبًا بقَوْلِه مُعْتَقِدًا فَسادَه ، ومَن لا يَعْلَمُ يَعْتَقِدُه صَحِيحًا ، وقد تَبَيَّنَ اجْتِماعُ شُرُوطِه ، فصَحَّ ، كما لو عَلِمَه مَقْدُورًا على تَسْلِيمِه .

المذهبِ ، ومِنَ الأصحابِ مَن قال: يصِحُّ. قال في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ﴾ : الإنصاف وليس بجيِّدٍ . قال ابنُ مُنَجَّى في ﴿ شَرْحِه ﴾ : وليس بشيءٍ . وإنْ كان المُدَّعَى به عَيْنًا ، فقال الأَجْنَبِيُّ للمُدَّعِى : أنا أعْلَمُ أنَّك صادِقٌ ، فصالِحْنِي عنها ، فانِّى قادِرٌ على اسْتِنْقاذِها مِنَ المُنْكِرِ . صحَّ الصُّلْحُ . قالَه الأصحابُ . فإنْ عجَز عن انْتِزاعِه ،

فصل : فإن قال الأجْنبيُّ للمُدَّعِي : أنا وَكِيلُ المُدَّعَى عليه في مُصالَحَتِك عن هذه العَيْنِ ، وهو مُقِرُّ لك بها ، وإنَّما يَجْحَدُها في الظَّاهِر . فظاهِرُ كَلام الخِرَقِيِّ أَنَّ الصُّلْحَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يَجْحَدُها في الظَّاهِرِ ليَنْتَقِصَ المُدَّعِيَ بعضَ حَقِّه ، أو يَشْتَرِيَه بأقَلَّ مِن ثَمَنِه ، فهو هاضِمٌ للحَقِّ ، مُتَوَصِّلٌ إلى أُخْذِ المُصالَحِ عنه بالظُّلْمِ والعُدُوانِ ، فهو بمَنْزِلَةِ ما لو(١) شَافَهَه بذلك، فقال: أنا أعْلَمُ صِحَّةَ دَعُواك، وأنَّ هذا لك، لكنْ لا أُسَلِّمُه [٩٩/٥] إليك ، ولا أُقِرُّ لك به عندَالحاكِم حتى تُصالِحَنِي منه على بعضِه ، أو عِوَضٍ عنه . وقال القاضي : يَصِحُّ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ . قالوا : ثم يَنْظُرُ إلى المُدَّعَى عليه ، فإن صَدَّقَه على ذلك ، مَلَك العَيْنَ ، ورَجَع الأَجْنَبِيُّ عليه بِمَا أُدَّى عنه ، إن كان أَذِنَ في الدَّفْعِ ِ ، وإن أَنْكَرَ الإِذْنَ في الدَّفْعِ ِ ، فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، ويكونُ حُكْمُه حُكْمَ مَن قَضَى دَيْنَه بغيرِ إِذْنِه . وإن أَنْكَرَ الوَكالة ، فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، وليس للأَجْنَبِيِّ الرُّجُوعُ عليه ، ولا يُحْكَمُ له بمِلْكِها في الظَّاهِر. فأمَّا حُكْمُ مِلْكِها في الباطِنِ، فإن كان وَكَّلَ الأَجْنَبِيَّ في الشِّراء ، فقد مَلكَها ؛ لأنَّه اشْتَراها بإذْنِه ، فلا يَقْدَحُ إِنْكارُه في مِلْكِها ؟ لأنَّ مِلْكَه ثَبَت قبلَ إِنْكارِه ، وإنَّما هو ظالِمٌ بالإِنْكارِ للأَجْنَبِيِّ . وإن كان لَمْ يُوَكِّلُه ، لَمْ يَمْلِكُها ؛ لأنَّه اشْتَرَى له عَيْنًا بغيرِ إِذْنِه . ويَحْتَمِلُ أَن يَقِفَ

الإنصاف

فله الفَسْخُ ، كما قال المُصَنِّفُ هنا . قال فى « المُغْنِى » : ويُحْكَى أَنَّه إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّه لا يقْدِرُ على تَسْليمِه ، تَبَيَّنَ أَنَّ الصَّلْحَ كان فاسِدًا . وهذه طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وغيرِهما ، فى هذه المَسْأَلَةِ . وقال فى « الفُروعِ » : ولو صالَحَ

⁽١) سقط من : الأصل .

على إجازَتِه ، كما قُلْنا فى مَن اشْتَرَى لغيرِه شيئًا بغيرِ إذْنِه بَثَمَن فى ذِمَّتِه ، فإن أجازَه مَلَكَه وإلَّا لَزِم مَن اشْتَراه . وإن قال الأُجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعِي : قدعَرَفَ المُدَّعَى عليه صِحَّةَ دَعْواك ، وهو يَسْأَلُك أن تُصالِحَه عنه ، وقد وَكَّلنِي في المُصالَحة عنه . صَحَّ ، وكان الحُكْمُ كما ذَكَرُوه ؟ لأَنَّه هـ هُنا لم يَمْتَنِعْ فِي المُصالَحة عنه . صَحَّ ، وكان الحُكْمُ كما ذَكَرُوه ؟ لأَنَّه هـ هُنا لم يَمْتَنِعْ مِن أَدائِه ، بل اعْتَرَفَ به ، وصالَحَ عليه ، مع بَذْلِه له (۱) ، فأشْبَه ما لو لم يَجْحَدْه .

فصل: قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (يَصِحُّ الصُّلْحُ عن القِصاصِ بدِيَاتٍ وبكلِّ ما يَثْبُتُ مَهْرًا) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الصُّلْحَ يَجُوزُ عن كلِّ ما يَجُوزُ أَخْذُ العِوَضِ عنه ، سواءٌ كان ممّا يجوزُ بَيْعُه أو لا يجوزُ ، فيَصِحُّ عن دَمِ العَمْدِ ، وسُكْنَى الدّارِ ، وعَيْبِ المَبِيعِ . ومتى صالَحَ عمّا يُوجِبُ العَمْدِ ، ومتى صالَحَ عمّا يُوجِبُ القِصاصَ بأكثرَ مِن دِيَتِه أو أقلَّ ، جاز . وقد رُوِى أن الحسنَ والحسينَ والحسينَ

الإنصاف

الأَجْنَبِيُّ ؛ لَيَكُونَ الحَقُّ له ، مع تَصْديقِه المُدَّعِيَ ، فهو شِراءُ دَيْنِ أَو مَعْصُوبِ . تقدَّم بَيانُه . وكذا قال في « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِي » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وهو الصَّوابُ ، والذي تقدَّم في آخِرِ بابِ السَّلَمِ ، عندَ قوْلِه : ويجوزُ بَيْعُ الدَّيْنِ المُسْتَقِرِّ لمَن هو في ذِمَّتِه .

قوله : ويَصِحُّ الصُّلْحُ عن ِ القِصاصِ بدِياتِ ، وبكُلِّ ما يُثْبِتُ مَهْرًا . هذا المُذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ﴾ ،

⁽١) سقط من : م .

الشرح الكبير وسعيد بن العاص (١) بَذَلوا للذي وَجَب له القِصاصُ على هُدْبَةَ بن خَشْرَم (٢) سَبْعَ دِيَاتٍ ، فأبَى أَن يَقْبَلَها . ولأنَّ المالَ غيرُ مُتَعَيَّن ي، فلا يَقَعُ العِوَضُ في مُقابَلَتِه . فإن صالَحَ عن القِصاص بعَبْدٍ فخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، رَجَع بقِيمَتِه في قولِ الجَمِيعِ . وإن خَرَج حُرًّا فكذلك . وبه قال أبو يُوسُفَ ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ بالدِّيَةِ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ فاسِدٌ . فيَرْجعُ ببَذْل ما صالَحَ عنه ، وهو الدِّيَّةُ . ولَنا ، أَنَّه تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ ما جَعَلَه عِوَضًا ، فرَجَعَ في قِيمَتِه ، كما لو خَرَج مُسْتَحَقًّا . فإن صالَحَه عن القِصاص بحُرٍّ يَعْلَمان حُرِّيَتُه ، أو عَبْدٍ يَعْلَمان أَنَّه مُسْتَحَقُّ ، أو تصالَحَا بذلك عن غير القِصاصِ ، رَجَع بالدِّيَةِ وبما صالَحَ عنه ؛ لأنَّ الصُّلْحَ باطِلِّ يَعْلَمان بُطْلانَه ، فكان وُجُودُه كَعَدَمِه.

الإنصاف و « الوَجيز » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروع ِ » وغيرِه . وقيل : لا يصِحُّ بمُبْهَم مِن أَعْيَانٍ مُخْتَلِفَةٍ . وقال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ : ويَحْتَمِلُ مَنْعُ صِحَّةِ الصُّلْح بأكثر منها . قال أبو الخَطَّابِ ، في « الانتِصارِ » : لا يصِحُّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّ الدِّيةَ تجبُ بالعَفْو والمُصالَحَةِ ، فلا يجوزُ أُخذُ أكثرَ مِنَ الواجِبِ مِنَ الجِنْسِ . وقال في « التَّرْغِيبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : يصِحُّ بما يَزِيدُ على قَدرِ الدِّيَّةِ ، إذا قُلْنا : يجِبُ القَوَدُ عَيْنًا . أو

⁽١) سعيد بن العاص بن سعيد بن العاص بن أمية القرشي الأموى ، أبو عثمان ، كان له يوم مات النبي عَلَيْكُ تسع سنين ، قتل أبوه يوم بدر ، من فصحاء قريش ، كان ممن ندبه عثمان لكتابة القرآن ، ولى الكوفة ، وولى المدينة لمعاوية ، مات في قصره بالعقيق سنة ثلاث وخمسين . الإصابة ١٠٧/٣ – ١٠٩ .

⁽٢) هـدبـة بن خشرم بن كرز ، من بادية الحجاز ، شاعر فصيح مرتجل ، وكان راوية الحطيئة ، قتل رجلا من بني رقاش ، في خبر طويل ، قتل نحو سنة خمسين للهجرة . انظر الأعلام ٩ / ٦٩ ، ٧٠ .

فصل: ولو صالَحَ عن (١) دارٍ أو عَبْدٍ [١٨٩/٤] بعِوَضٍ ، فخَرَجَ العِوَضُ مُسْتَحَقَّا أو حُرَّا ، رَجَع في الدّارِ وما صالَحَ عنه ، وبقِيمَتِه إن كان تالِفًا (٢) ؛ لأنَّ الصَّلْحَ هـ هُنا بَيْعٌ في الحَقِيقَةِ ، فإذا تَبَيَّنَ أَنَّ العِوَضَ كان مُسْتَحَقَّا أو حُرًّا ، كان البَيْعُ فاسِدًا ، فرَجَعَ فيما كان له ، بخِلَافِ الصَّلْحِ عن القِصاصِ ، فإنَّه ليس ببَيْعٍ ، وإنَّما يَأْخُذُ عِوَضًا عن إسْقاطِ القِصاصِ . ولو اشْتَرَى شيئًا فوجَدَه مَعِيبًا فصالَحَه عن عَيْبِه بعَبْدٍ ، فبان مُسْتَحَقَّا أو حُرًّا ، رَجَع بأرْشِ العَيْبِ .

لإنصاف

اخْتَارَه الوَلِيُّ ، على القولِ بوُجوبِ أَحَدِ^(٣) شَيْعَين . وقيل : الاخْتِيارُ يصِحُّ على غيرِ جِنْسِ الدِّيةِ ، ولا يصِحُّ على جِنْسِها إلَّا بعدَ تَعْيِينِ الجِنْسِ ؛ مِن إبلِ أو غَنَمٍ ؛ حَذَرًا مِن رِبا النَّسِيئَةِ ، ورِبا الفَضْلِ . انتهى . وتابَعَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفائقِ » ، و جماعَةٌ . ويأتِي التَّنْبِيهُ على ذلك فى أوائلِ بابِ العَفْوِ عن القِصاصِ ، وتقدَّم الصَّلْحُ عن دِيَةِ الخَطَأْ ، أنَّه لا يصِحُّ بأكثرَ منها مِن جِنْسِها .

فوائد ؛ الأولَى ، قال في « الفُروع ِ » : وظاهِرُ كلامِهم ، يصِحُ حالًا ومُوَّجَّلًا . وذكرَه صاحِبُ « المُحَرَّرِ » . قلتُ : قال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ويصِحُّ الصَّلْحُ عن ِ القَوَدِ بما يُثْبِتُ مَهْرًا ، ويكونُ حالًا في مالِ القاتِل ِ . الثَّانيةُ ، لو صالَحَ عن ِ القِصاصِ بعَبْدٍ أو غيرِه ، فخرَج مُسْتَحَقَّا أو حُرًّا ، رجَع بقِيمَتِه ،

⁽١) في ر : (علي) .

⁽٢) في ر ، م : ﴿ بِالْغَا ﴾ .

⁽٣) في ط : ﴿ أَخَذَ ﴾.

اللنع وَلَوْ صَالَحَ سَارِقًا لِيُطْلِقَهُ ، أَوْ شَاهِدًا لِيَكْتُمَ شَهَادَتَهُ ، أَوْ شَفِيعًا عَنْ شُفْعَتِهِ ، أَوْ مَقْذُوفًا عَنْ حَدِّهِ ، لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ ، وَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ . وَفِي الْحَدِّ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

١٨٨٢ - مسائلة : (ولو صالَحَ سارقًا ليُطْلِقَه' ' ، أو شاهِدًا ليَكْتُمَ شَهادَتَه ، أو شَفِيعًا عن شُفْعَتِه ، أو مَقْذُوفًا عن حَدِّه ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ، وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ . وفي الحَدِّ وَجْهان) إذا صالَحَ السَّارِقَ والزَّانِيَ والشَّارِبَ على أن لا يَرْفَعَه إلى السُّلْطانِ ، لم يَصِحُّ الصُّلْحُ ، ولا يَجُوزُ أَخْذُ العِوَضِ عنه ؛ لأنَّ ذلك ليس بحَقِّ له(٢) ، فلم يَجُزْ له(١) أُخْذُ العِوَض عنه ،

الإنصاف ولو عَلِما كُوْنَه مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، أو كان مَجْهولًا ، كدارٍ وشَجَرَةٍ ، بطَلَتِ التَّسْمِيَةُ ، ووَجَبَتِ الدِّيَةُ ، أو أرْشُ الجَرْحِ ِ . وإنْ صالَحَ على حَيوانٍ مُطْلَقٍ ، مِن آدَمِيٌّ وغيرِه ، صحَّ وو جَب الوَسَطُ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . وخُرِّجَ بُطْلانُه . الثَّالثةُ ، لو صالَحَ عن دارٍ ونحوِها بعِوَض ِ ، فبانَ العِوَضُ مُسْتَحَقًّا ، رجَع بالدَّارِ ونحوِها ، أو بقِيمَتِه إنْ كان تالِفًا ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هنا بَيْعٌ حَقِيقَةً ، ﴿ ۚ إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عن إقرار . وإنْ كان عن إنْكار ، رجَع بالدَّعْوَى ، . قال في « الرِّعايَةِ » : قلتُ : أو قِيمَتِه مع الإِنْكارِ . وحَكاه في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ قوْلًا ؛ لأنَّه فيه بَيْعٌ .

قوله : وإنْ صالَحَ سارِقًا - وكذا شارِبًا - ليُطْلِقَه ، أو شاهِدًا ليَكْتُمَ شَهادَتَه -أو لعَلَّا يَشْهَدَ عليه ، أو ليَشْهَدَ بالزُّور - أو شَفِيعًا عن شُفْعَتِه ، أو مَقْذُوفًا عن حدِّه ، لم يصِحُّ الصُّلْحُ . بلا نِزاعٍ . وكذا لو صالَحَه بعِوَضٍ عن خِيارٍ .

⁽١) في م : "« ليطلعه » .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) سقط من : الأصل .

⁽٤ - ٤) زيادة من : ١ .

كسائِر ما لا حَقَّ له فيه . وإن صالَحَ شاهِدًا ليَكْتُمَ شَهادَتُه ، لم يَصِحُّ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو مِن ثَلاثَةِ أَحُوالِ ؛ أَحَدُها ، أن يُصالِحَه على أن لا يَشْهَدَ عليه بِحَقِّ تَلْزَمُ(') الشُّهَادَةُ به ، كَدَيْنِ لآدَمِيِّ ، أو حَقِّ لله ِتعالى لا يَسْقُطُ بالشُّبْهَةِ ، كالزكاةِ ونحوها ، فلا يَجُوزُ كِتْمانُه ، ولا يَجُوزُ أَخْذُ العِوَض عن ذلك ، كما لا يجوزُ أُخذُ العِوَضِ على (١) شُرْبِ الخَمْرِ . الثانِي ، أن يُصَالِحَه على أن لا يَشْهَدَ عليه بالزُّور ، فهذا يَجبُ عليه تَرْكُ ذلك ، ويَحْرُمُ عليه فِعْلُه ، فلم يَجُزْ أَخْذُ العِوَضِ عنه ، كما لا يجوزُ أن يُصالِحَه على أن لا يَقْتُلَه ، ولا يَعْصِبَ مالَه . الثالثُ ، أن يُصالِحَه على أن لا يَشْهَدَ عليه

قوله : وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحاب . قال في الإنصاف « الرِّعايتَيْن » : وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ في الأصحِّ . قال في « الحاويَيْن » : وتَسْقُطُ في أصحِّ . الوَجْهَيْن . وجزَم به في « الهدايّة ِ » ، و « المُذْهَب » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ التَّلْخيص ﴾ ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقيل : لاتَسْقُطُ . اخْتارَه القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ . قال في « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » : وتَسْقُطُ في وَجْهٍ . وأَطْلَقَهما في « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » [١٣٠/٢ و] ، و « الفائقِ » . ويأتِي ذلك أيضًا في كلام المُصَنِّفِ، في باب الشُّفْعَةِ، في الشَّرْطِ الثَّالثِ. وأمَّا سقُوطُ حدِّ القَذْفِ ؟ فأَطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه وَجْهَيْن . وأطْلَقهما في « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّر » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وهما مَبْنِيَّان عندَ أكثرِ الأصحابِ على أنَّ حدَّ القَذْفِ ،

⁽١) في الأصل: « لايلزمه » . وفي م: « تلزمه » .

⁽۲) فی ر،ق،م: ﴿ عن ﴾ .

الشرح الكبير بما يُوجِبُ حَدَّ الزِّنَى والسَّرقَةِ ، فلا يَجُوزُ أُخْذُ العِوَض عنه ؛ ('لأنَّ ذلك' ليس بِحَقِّ له . وإن صالَحَ عن حَقِّ الشَّفْعَةِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه حَقُّ شُرِعَ على خِلافِ الأَصْلِ لدَفْع ِ ضَرَرِ الشَّركَةِ ، فإذا رَضِيَ بالْتِزامِ الضَّرَر ، سَقَط الحَقُّ مِن غَيْر بَدَلِ ، و لم يَجُزْ أُخْذُ^(٢) العِوَض عنه ؛ لأنَّه ليس بمالي ، فهو كحَدِّ القَذْفِ . وإن صالَحَه عن حَدِّ القَذْفِ ، لم يَصِحُّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إن كان(") لله ِتعالى ، لم يَكُنْ له أن يَأْخُذَ عِوَضَه ، لكَوْنِه ليس بحَقِّ له ، فأشْبَهَ حَدَّ الزِّني والسَّرقَةِ ، وإن كان حَقًّا له ، لم يَجُزْ الاعْتِياضُ عنه ؟ لكَوْنِه حَقًّا ليس بمال ، ولهذا لا يَسْقُطُ إلى بَدَل ، بخِلافِ القِصاصِ ، ولأنَّه شُرِعَ لتَبْرِئَةِ (١) العِرْضِ ، فلا يَجُوزُ أن يَعْتاضَ عن عِرْضِه بمالٍ . وهل يَسْقُطُ بالصُّلْحِ فيه ؟ يَنْبَنِي على الخِلافِ في كَوْنِ حَدٍّ القَذْفِ حَقًّا للهِ تِعالَى أُو لآدَمِيٌّ ؛ فإن كان حَقًّا للهِ تِعالَى ، لم يَسْقُطْ بصُلْحِ ِ الآدَمِيِّ ولا إسْقاطِه ، كَحَدِّ الزِّني . وإن كان حَقًّا لآدَمِيٌّ ، سَقَط بصُلْحِه وإسْقاطِه ، كالقِصاصِ [٩٠/٤] .

الإنصاف هل هو حقٌّ لله ِ أو للآدَمِيِّ ؟ وفيه رِوايَتان ، يأْتِيان ، إنْ شاءَ اللهُ ، في كلام المُصَنِّفِ ، في أوائل ِ بابِ القَذْفِ . فإنْ قُلْنا : هو حقٌّ لله ِ . لم يسْقُطْ ، وإلَّا سقَط . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه حقُّ للآدَمِيِّ ، فيَسْقُطُ الحَدُّ هنا . على الصَّحيحِ . وقال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُّبْرَى ﴾ : وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ في الأصحِّ . وكذا الخِلافُ في سقُوطِ

⁽۱ – ۱) في م: ﴿ لأَنْهِ ﴾ .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) بعده في م : و حدًّا ، .

⁽٤) في ق ، م : (لتنزيه) .

وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُجْرِىَ عَلَى أَرْضِهِ أَوْ سَطْحِهِ مَاءً مَعْلُومًا ، الفتع صَحَّ .

الشرح الكبير

سَطْحِه ماءً مَعْلُومًا ، صَحَّ) إذا صالَحَه على ('' أن يُجْرِى على أرْضِه أو سَطْحِه ماءً مَعْلُومًا ، صَحَّ) إذا صالَحَ رجُلًا على مَوْضِع قَناةٍ مِن أرْضِه يُحْرِى فيها ماءً ، وبَيَّنَا مَوْضِعَها وعَرْضَها وطُولَها ، جاز ؛ لأنَّ ذلك بَيْعٌ لمَوْضِع مِن أرْضِه ، فلا حاجَة إلى بَيانِ عُمْقِه ، لأنَّه إذا مَلَك المَوْضِع كان له إلى تُخُومِه ('') ، فله أن يَتْرُك ('') فيه ما شاء . وإن صالَحَه على إجْراءِ الماء في ساقِيةٍ مِن أرْض رَبِّ الأرْض ، مع بَقاءِ مِلْكِه عليها ، فهو إجارةً للأرْض ، يُشْتَرَطُ له تَقْدِيرُ المُدَّة . فإن كانتِ الأرْضُ في يَدِ رجل باجارة ، جاز له أن يُصالِحَ رجلًا على إجْراءِ الماءِ فيها في ساقِيةٍ مَحْفُورَةً ، لم يَجُزْ أن باجارة ، على ذلك ؛ لأنَّه لايجُوزُ إحْداثُ ساقِيةٍ في أرْض في يَدِه بإجارة . وإن لم تَكُن السَّقِيةُ مَحْفُورَةً ، لم يَجُزْ أن يُصالِحَه على ذلك ؛ لأنَّه لايجُوزُ إحْداثُ ساقِيةٍ في أرْض في يَدِه بإجارة . وإن كانتِ الأرْضُ في يَدِه بإجارة . وإن لم تَكُن السَّقِيةُ في أرْض في يَدِه بإجارة . وإن كانتِ الأرْضُ في يَدِه بإجارة . وإن كانتِ الأرْضُ في يَدِه وَقْفًا عليه ، فقال القاضى : هو فإن كانتِ الأرْضُ في يَدِه وَقْفًا عليه ، فقال القاضى : هو فإن كانتِ الأرْصُ في يَدِه وَقْفًا عليه ، فقال القاضى : هو

الإنصاف

حَدِّ الْقَذْفِ . وقيل : إِنْ جُعِلَ حَقَّ آدَمِيٌّ ، سقَط ، وإلَّا وجَب .

قوله: وإنْ سالَحَه على أنْ يُجْرِىَ على أرْضِه أو سَطْحِه ماءً مَعْلُومًا ، صَحَّ . بلا نِزاعٍ أَعْلَمُه ، لكِنْ إذا صالَحَه بعوض ؛ فإنْ كان مع بَقاءِ مِلْكِه ، فهى إجارَةٌ ، وإلَّا بَيْعٌ . وإنْ صالَحَه على مَوْضِع ِ قَناةً مِن أرْضِه يُجْرِى فيها ماءً ، وبيَّنا مَوْضِعَها

⁽١) سقط من : ر ، م .

⁽٢) التخوم ، بالضم : الفصل بين الأرضين من المعالم والحدود .

⁽٣) في ق : (ينزل) .

كَالْمُسْتَأْجِرِ (') ، له أن يُصالِحَ على إجْراء الماء في ساقِيَةٍ ('مَحْفُورَةٍ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، وليس له أن يَحْفِرَ فيها (") ساقِيَةً ") ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُها ، إنَّما يَسْتَوْفِي مَنْفَعَتَها ، كَالأَرْضِ المُسْبَتَأْجَرَةِ . وهذا كلَّه مَذْهَبُ الشافعيِّ . قال شيخُنا('): والأَوْلَى أنَّه يَجُوزُ له حَفْرُ السَّاقِيَةِ ؛ لأن الأرْضَ له ، وله التَّصَرُّفُ فيها كَيْفَما شاء ، ما لم يَنْقُلِ المِلْكَ فيها إلى غيره ، بخِلافِ المُسْتَأْجِر ، فإنَّه إنَّما يَتَصَرَّفُ فيها بما أَذِن له فيه ، فكان المَوْقُوفُ عليه بِمَنْزِلَةِ المُسْتَأْجِرِ إِذَا أَذِن له في الحَفْرِ . فإن مات المَوْقُوفُ عليه في أثناء المُدَّةِ ، فهل لِمَن انْتَقَلَ إليه فَسْخُ الصُّلْحِ فيما بَقِيَ مِن المُدَّةِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على ما إذا آجَرَه مُدَّةً ، فمات في أَثْنائِها(°) . فإن قُلْنا : له فَسْخُ الصُّلْحِ . ففَسَخَه ، رَجَع المُصالِحُ على وَرَثَة الذي صالَحَه بقِسْطِ ما بَقِيَ مِن المُدَّةِ . وإن قَلْنا : ليس له الفَسْخُ . رَجَع مَن انْتَقَلَ إليه الوَقْفَ على الوَرَثُةِ.

الإنصاف وعَرْضَها وطُولَها ، جازَ ، ولا حاجَةَ إلى بَيانِ عُمْقِه'') ، ويُعْلَمُ قَدْرُ الماءِ بتَقْدِيرِ السَّاقِيَةِ ، وماءِ مطَرٍ ، برُؤْيَةِ مايزُولُ عنه الماءُ ومِساحَتِه ، ويُعْتَبرُ فيه تقْدِيرُ ما يَجْرِي فيه الماءُ ، لاقَدْرُ المُدَّةِ للحاجَةِ كالنَّكاحِ .

⁽١) بعده في م : ﴿ يَجُوزُ ﴾ .

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

⁽٣) سقط من: الأصل.

⁽٤) في : المغنى ٢٦/٧ .

⁽٥) في م: ﴿ أَثناء المدة ، .

⁽٦) بياض في : الأصل ، ط .

فصل: فإن صالَحَ رجلًا على إجْراءِ ماءِ سَطْحِه مِن الْمَطَرِ على سَطْحِه ، اوْ أَوْ فَى أَرْضِه عن سَطْحِه ، أو فى أَرْضِه عن أَرْضِه ، جاز ، إذا كان ما يَجْرِى ماؤه مَعْلُومًا ؛ إمّا بالمُشاهَدة ، وإمّا بمَعْرِ فَة المساحَة ؛ لأنَّ الماءَ يَخْتَلِفُ بَصِغِرِ السَّطْحِ وكِبَرِه ، ولا يُمْكِنُ ضَبْطُه بغيرِ ذلك . ويُشْتَرَطُ مَعْرِ فَةُ المَوْضِعِ الذي يَجْرِى منه الماءُ إلى السَّطْحِ ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ . ولا يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِ مُدَّة ٍ ؛ لأنَّ الحاجَة تَدْعُو إلى ذلك ، ويَجُوزُ العَقْدُ على ولا يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِ مُدَّة ٍ ؛ لأنَّ الحاجَة تَدْعُو إلى ذلك ، ويَجُوزُ العَقْدُ على المَنْفَعة في مَوْضِع الحاجَة غيرَ مُقَدَّرٍ بمُدَّة ٍ ، كا في النّكاح . ولا يَمْلِكُ صاحِبُ الماءِ مَجْراه ؛ لأنَّ هذا لا يَسْتَوْفِي به مَنافِعَ المَجْرَى دائِمًا ، ولا في أَكْثُرِ المُدَّة ، بخلافِ السّاقِيَة . ويَخْتَلِفَانِ أَيضًا في أَنَّ الماءَ الذي في أَكْثُرِ المُدَّة ، بخلافِ السّاقِيَة . ويَخْتَلِفَانِ أَيضًا في أَنَّ الماءَ الذي في أَكْثُرِ المُدَّة ، بخلافِ السّاقِيَة . ويَخْتَلِفَانِ أَيضًا في أَنَّ الماءَ الذي في أَكْثُرِ المُدَّة ، بخلافِ السّاقِيَة . ويَخْتَلِفَانِ أَيضًا في أَنَّ الماءَ الذي في السّاقِيَة لا يَحْتَاجُ إلى ما يُقَدَّرُ به ؛ لأَنَّ تَقْدِيرَ ذلك حَصَل بتَقْدِيرِ المُدَّة ، السّاقِيَة لا يَحْتَاجُ إلى ما يُقَدَّرُ به ؛ لأَنَّ تَقْدِيرَ ذلك حَصَل بتَقْدِيرِ

الإنصاف

فوائله ؛ الأولَى ، إذا أرادَ أَنْ يُجْرِى ماءً فى أَرْضِ غيرِه مِن غيرِ ضَرَرِ عليه ، ولا على أَرْضِه ، لم يَجُزْ له ذلك إلَّا بإذْنِ رَبِّها ، إنْ لم تكُنْ حاجَةٌ ولا صَرُورَةٌ ، بلا نِزاعٍ ، وإنْ كان مَضْرُورًا إلى ذلك ، لم يَجُزْ أيضًا إلَّا بإذْنِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال المُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « الحاوِى الكَبِيرِ » ، والشَّارِحُ : هذا أَفْيَسُ وَوَلَّمَه فى « الفُروعِ » . وعنه ، يجوزُ ، ولو مع حَفْر . اختارَه الشَّيْخُ تَقِى اللَّينِ وصاحِبُ « الفائقِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وأطْلَقَهما فى الدِّينِ وصاحِبُ « الفائقِ » . و قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الطَّويِيْن » ، و « السَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيْن » ، و « الشَّرْحِ » ، و « السَّعْرَى » ، و « المَعْنِى » ، و « المَعْنِى » ، و « السَّعْرَ » ، و « السَّعْرَ » ، و « المَعْنِى » ، و « المَعْنِى » ، و « السَّعْر » ، و « المَعْنِى » ، و « المَعْنِى » ، و « السَّعْر » ، و « المَعْنِى » ، و « المَعْنِى » ، و « السَّعْر » ، و « المَعْنِى » ، و « السَّعْر » ، و « المَعْنِى » ، و « المَعْنِى » ، و « السَّعْر » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . و جزم به فى ماقطَع به فى « المُعْنِى » ، و « الشَّعْر » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . و جزم به فى ماقطَع به فى « المُعْنِى » ، و « الشَّعْر » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . و جزم به فى

⁽۱ - ۱) سقط من : م .

الشرح الكبير السّاقِيَة ، فإنَّه لا يَمْلِكُ أن يُجْرى فيها أكْثَرَ مِن مائِها(١) ، والماءُ الذي على السَّطْحِ يَفْتَقِرُ إِلَى مَعْرِفَةِ قَدْرِ السَّطْحِ ؛ لأنَّه يَجْرَى منه القَلِيلُ والكَثِيرُ . فإن كان السَّطْحُ الذي يَجْرِي عليه الماءُ مُسْتَأْجَرًا ، أو عاريَّةً ، لم يَجُزْ أن يُصالِحَ على إِجْراء الماء عليه ؛ لأنَّه يَتَضَرَّرُ بذلك ، و لم يُؤْذَنْ له فيه ، فلم يَكُنْ له أَن يَتَصَرَّفَ به ، بخِلافِ الماء في السّاقِيَةِ المَحْفُورَةِ ، فإنَّ الأَرْضَ لاَ تَتَضَرَّرُ به . وإن كان ماءُالسَّطْحِ يَجْرِي على أَرْضٍ ، احْتَمَلَ أَن لا يَجُوزَ له الصُّلْحُ على ذلك ؛ لأنَّه إنِ احْتاجَ إلى حَفْرٍ ، لم يَجُزْ له(١) أن يَحْفِرَ في أَرْض غيره ، ولأنَّه يَجْعَلُ لغير صاحِب الأرْض رَسْمًا ، فرُبَّما ادَّعَى اسْتِحْقاقَ ذلك على صاحِبِها . واحْتَمَلَ الجَوازَ إذا لم يَحْتَجْ إلى حَفْرٍ ، ولم يَكُنْ فيه مَضَرَّةٌ ؛ لأنَّه بمَنْزلةِ إجْراءِ الماءِ في ساقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ . ولا يَجُوزُ إِلَّا مُدَّةً لا تَزيدُ على مُدَّةِ الإجارَةِ ، كما قُلْنا في إجْراء الماءِ في السَّاقِيَةِ . واللهُ أعلمُ .

« الفائق » . وقيل : يجوزُ للحاجَةِ . وصاحِبُ « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوى الصَّغِير (٢) » ، إنَّما حَكُوا الرِّوايتَين في الحاجَةِ . وأطْلَقَ القَوْلَين في « الفُروع ِ » ، وأَطْلَقَهما ابنُ عَقِيلٍ في حَفْرٍ بِعْرٍ ، أو إجْراءِ نَهْرٍ أو قَناةٍ . نقَل أبو الصَّقْرِ ، إذا أساحَ عَيْنًا تحتَ أَرْضٍ ، فانْتَهَى حَفْرُه إلى أرْضِ لرَجُلِ أو دارٍ ، فليس له مَنْعُه مِن ظَهْرٍ الأرْضِ ولا بَطْنِها ، إذا لم يَكُنْ عليه مَضَرَّةٌ . الثَّانيةُ ، لو كانتِ الأرْضُ في يَدِه بإجارَةٍ ، جازَ للمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُصالِحَ على إجْراءِ الماءِ فيها في ساقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ ، مُدَّةً (٣)

⁽١) في م : « مثلها » .

⁽٢) سقط من: الأصل.

⁽٣) زيادة من : ١ .

فصل : وإذا أراد أن يُجْرِى ماءً فى أرْضِ غيرِه لغيرِ ضَرُورَةٍ ، لم يَجُزْ اللّا بإذْنِه ، وإن كان لضَرُورَةٍ ، مثلَ أن يكونَ له أرْضٌ للزِّراعة ، لها ماءً لا طَرِيقَ له إلّا أرْضُ جارِه ، فهل له ذلك ؟ على رِوايَتَيْن ؛ إحْداهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه تَصَرُّف فى أرْضِ غيرِه بغيرِ إذْنِه فلم يَجُزْ ، كالو لم تَدْعُ إليه ضَرُورةً ، ولأنَّ مثلَ هذه الحاجَة لا تُبِيحُ مالَ غيرِه ، بدَلِيلِ أَنَّه لا يُباحُ له الزَّرْعُ فى أرْضِ غيرِه ، ولا البِناءُ فيها ، ولا الانتِفاعُ بشيء مِن مَنافِعِها المُحَرَّمة عليه بمثل هذه (١) الحاجَة . والأخرى ، يَجُوزُ ؛ لِما رُوى أنَّ الصَّحاكَ بنَ خَلِيفَة ساق خليجًا مِن العُرَيْضِ (١) ، فأراد أن يَمُرَّ به فى الصَّحاكَ بنَ خَلِيفَة ساق خليجًا مِن العُرَيْضِ (١) ، فأراد أن يَمُرَّ به فى الصَّحاكَ أن يَمَ مَسْلَمَة ، فأبَى ، فقال له الضَّحَاكُ : لِمَ تَشْرَبُه أَوَّلًا وآخِرًا ، ولا يَضُرُّك ؟ فأبَى محمد ، فكلَّم فيه الضَّحَاكُ لك ، تَشْرَبُه أَوَّلًا وآخِرًا ، ولا يَضُرُّك ؟ فأبَى محمد ، فكلَّم فيه الضَّحَاكُ عَمَرُ ، فقال له الضَّحَاكُ الله المَعْدَ ، فكلَّم فيه الضَّحَاكُ لك ، تَشْرَبُه أَوَّلًا وآخِرًا ، ولا يَضُرُّك ؟ فأبَى محمد ، فكلَّم فيه الضَّحَاكُ لك ، تَشْرَبُه أَوَّلًا وآخِرًا ، ولا يَضُرُّك ؟ فأبَى مَسْلَمة وهو لك نافِع ، تَشْرَبُه لا والله ِ . فقال له (١) عُمَرُ : لِمَ تَمْنَعُ أَخاك ما يَنْفَعُه وهو لك نافِع ، تَشْرَبُه لا والله ِ . فقال له (٢) عُمَرُ : لِمَ تَمْنَعُ أَخاك ما يَنْفَعُه وهو لك نافِع ، تَشْرَبُه

الإنصاف

لا تُجاوِزُ مُدَّةَ الإِجارَةِ . وإنْ لم تَكُنِ السَّاقِيَةُ مَحْفُورَةً ، لم تَجُزِ المُصالَحَةُ على ذلك . وكذا^(١) حُكْمُ المُسْتَعِيرِ . ولا يَصِحُّ منهما^(٥) الصُّلْحُ على إِجْراءِ ماءِ المَطَرِ على سَطْحٍ . وفيه على أَرْضٍ ، بلاضَرَرٍ ، احْتِمالان . وأطْلَقَهما في « الفُروعِ » ، و « الشَّرْحِ » و « الحاوِى الكَبِيرِ » . قلتُ : الصَّوابُ عدَمُ

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) العريض: وادى بالمدينة . معجم البلدان ٦٦١/٣ .

⁽٣) سقط من : ر ، م .

⁽٤) فى الأصل ، ط : ﴿ وأما ﴾ .

⁽٥) في الأصل ، ط : ﴿ فيها ﴾ .

الشرح الكبير أُوَّلًا وآخِرًا ؟ فقال محمدٌ : لا والله ِ . فقال عُمَرُ : والله ِ لَيَمُرَّنَّ به ولو على بَطْنِك . فأَمَرَه عُمَرُ أَن يَمُرُّ به ، فَفَعَلَ . رَواهُ مالِكٌ في « مُوطَّأُه »(١) ، وسعيدٌ في « سُنَنِه » . والأوَّلُ أقْيَسُ ، وقولُ عُمَرَ يُخالِفُه قولُ محمدِ بن مَسْلَمَةً ، وهُو مُوافِقٌ للأَصُول ، فكان أَوْلَى .

الجَوازِ . ثم رأَيْتُ ابنَ رَزِين ِ في ﴿ شَرْحِه ﴾ قدَّمه . وإنْ كانتِ الأرْضُ التي في يَدِه وَقْفًا ، فقال القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ : هو كالمُسْتَأْجِرِ^(٢) . وجزَم به في « الرِّعايَةِ. الكُبْرَى » . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه في « الفُروع ِ » ، وقدَّمه ابنُ رَزين في « شَرْحِه » . وقال المُصَنِّفُ: يجوزُ له حَفْرُ السَّاقِيَةِ (٣) ؛ لأنَّ الأرْضَ له ، وله التَّصَرُّفُ فيها كيف شاءَ ، ما لم ينْقُل المِلْكَ فيها إلى غيره ، بخِلافِ المُسْتَأْجِرِ . قال في « الفُروعِ » : فَدَلَّ أَنَّ البابَ ، والخَوْحَةَ ، والكُوَّةَ ، ونحوَ ذلك ، لا يجوزُ فِعْلُه(٢) في دار مُؤْجَرَةٍ ، وفي مَوْقُوفَةِ الخِلافُ ، (°أو يجوزُ°) قوْلًا واحدًا . وهو أَوْلَى ؛ لأَنَّ تَعْلِيلَ الشَّيْخِ – يعْنِي به المُصَنِّفَ – لو لم يَكُنْ مُسلَّمًا(٢) لم يُفِدْ ، وظاهِرُه لاتُعْتَبرُ المَصْلَحَةُ وإذْنُ الحاكِم ، بل عدَمُ الضَّرَرِ ، وأنَّ إذْنَه يُعْتَبرُ لدفْع ِ الخِلافِ . ويأتِي كلامُ ابن ِ عَقِيلِ في الوَقْفِ ، وفيه إِذْنُه فيه لمَصْلَحَةِ المَأْذُونِ المُمْتازِ (٧) بأمْر شَرْعِي "، فلمَصْلَحَةِ المَوْقوفِ أو المَوْقوفِ عليه أوْلَى . وهو مَعْنَى نَصِّه في تجديده

⁽١) في : باب القضاء في المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٤٦/٢ .

⁽٢) في الأصل، ط: ﴿ كَالْمُسْتَأْجُرَة ﴾ .

⁽٣) في الأصل ، ط: ﴿ الساحة ﴾ .

⁽٤) في الأصل ، ط: « فعليه » .

⁽٥-٥) في الأصل ، ط: ﴿ وَيَجُوز ﴾ .

⁽٦) في الأصل ، ط: « سلمًا » .

 ⁽٧) في الأصل ، ط: « المهار » .

فصل: وإن صالَحَ رجلًا على أن يَسْقِى أَرْضَه مِن نَهْرِ الرجلِ يَوْمًا أو يَوْمَيْن ، أو مِن عَيْنِه ، وقَدَّرَه بشيء يُعْلَمُ به ، لم يَجُزْ . ذَكَرَه القاضى ؛ لأنَّ الماءَ ليس بمَمْلُوكِ ، ولا يَجُوزُ بَيْعُه ، فلا يَجُوزُ الصَّلْحُ عليه ، ولأنَّه مَجْهُولٌ . قال : وإن صالَحَه على سَهْم مِن العَيْنِ أو النَّهْرِ كَالتُّلُثِ أو الرَّبْعِ ، جاز ، وكان بَيْعًا للقرارِ ، والماءُ تابع له . ويَحْتَمِلُ أن يَجُوزُ الصَّلْحُ على السَّقْي مِن نَهْرِه ، وقناتِه ؛ لأنَّ الحاجَة تَدْعُو إلى ذلك ، والماءُ ممّا على السَّقْي مِن نَهْرِه ، وقناتِه ؛ لأنَّ الحاجَة تَدْعُو إلى ذلك ، والماءُ ممّا يَجُوزُ أَخْذُ العِوض عنه في الجُمْلَةِ ، بدَلِيلِ ما لو أَخَذَه [١٩١/و] في يَجُوزُ أَخْذُ العِوض عنه في الجُمْلَةِ ، بدَلِيلِ ما لو أَخَذَه [١٩١/و] في والصَّلْح عن دَم العَمْدِ ، والصَّلْح عن دَم العَمْدِ ، والصَّلْح على المَجْهُولِ .

لإنصاف

لَمَصْلَحَة (١) . وذكرَه الشَّيْخُ تَقِى الدِّينِ عن أكثرِ الفُقهاءِ فى تَغْيِيرِ صِفَاتِ الوَقْفِ لَمَصْلَحَةً كَالحَاكُورةِ ، وعَمِلَه حُكَّامُ الشَّامِ ، حتى صاحِبُ « الشَّرْحِ » ، فى الجامِعِ المُظَفَّرِيِّ . وقد زادَ عمرُ وعثمانُ ، رَضِى الله عنهما ، فى مَسْجِدِ النَّبِيِّ ، عَلَيْ اللهُ عنهما ، فى مَسْجِدِ النَّبِيِّ ، مُعَلِّمُ المَّهُدِيُ ، ثَمُ عمرُ بنُ عَبْدِ العِزيزِ وزادَ فيه أبوابًا ، ثم المَهْدِيُ ، ثم المَا أَمُونُ . النَّالِئَةُ ، لوصالَحَ رَجُلًا على أَنْ يَسْقِى أَرْضَه مِن نَهْرِ الرَّجُلِ يَوْمًا أُو يَوْمَين ، أو مِن عَيْنِه ، وقدَّرَه بشيءٍ يُعْلَمُ به ، لم يَجُوزُ . على الصَّحيحِ مِنَ المُدهبِ ؛ لأنَّ المَا يَلِي ، وقيل : يجوزُ . وهو احْتِمالٌ فى « المُعْنِى » ، المَا اللهُ و « الشَّرْحِ » ، ومالا إليه . قلتُ : وهو الصَّوابُ ، وعَمَلُ النَّاسِ عليه قديمًا و « الشَّرْحِ » ، ومالا إليه . قلتُ : وهو الصَّوابُ ، وعَمَلُ النَّاسِ عليه قديمًا

⁽١) في الأصل ، ط: ﴿ ماصلحه ﴾ .

المنه وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَمَرًا [١١٥ و] فِي دَارِ ، وَمَوْضِعًا فِي حَائِطِهِ يَفْتَحُهُ بَابًا ، وَبُقْعَةً يَحْفِرُهَا بَئْرًا ، وَعُلْوَ بَيْتٍ يَبْنِي عَلَيْهِ بُنْيَانَا مَوْصُوفًا . فَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ غَيْرَ مَبْنِيٍّ ، لَمْ يَجُزْ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، يَجُوزُ إِذَا وُصِفَ الْعُلْوُ وَالسُّفْلُ .

الشرح الكبير

١٨٨٤ – مسألة : ﴿ وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِى مَمَرًّا فِي دَارٍ ، ومَوْضِعًا فِي حائِطِه يَفْتَحُه بابًا ، وبُقْعةً يَحْفِرُها بئرًا) لأنَّ هذه الأماكِنَ يَجُوزُ بَيْعُها وإجارَتُها ، فجاز الاغتِياضُ عنها بالصُّلْحِ (١) ، كالدُّورِ .

١٨٨٥ - مسألة : (و) أن يَشْتَرِىَ (عُلْوَ بَيْتٍ يَبْنِي عليه بُنْيانًا مَوْصُوفًا) إذا كان البَيْتُ مَبْنِيًّا ؛ لِما ذَكَرْناه . (فإن كان البَيْتُ غيرَ مَبْنِيٌّ ، لَمْ يَجُزْ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ ذَكَرَه القاضي ، وأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه بَيْعٌ^(٢) للهَواءِ دُونَ القَرارِ (والثانِي ، يَجُوزُ) لأَنَّه مِلْكُ للمُصالِح_ِ ، فجاز له أَخْذُ عِوَضِه ، كالقَرارِ . وإنَّما يَجُوزُ بشَرْطِ (أَن يَصِفَ العُلْوَ

الإنصاف وحَدِيثًا . الرَّابعةُ ، إذا صالَحَه على سَهْم مِنَ العَيْنِ ، أو النَّهْرِ ؛ كَالثُّلُثِ ، والرُّبْعِ ، ونحوِهما ، جازَ ، وكان بَيْعًا^(٣) للقَرارِ ، والماءُ تابعٌ له . جزَم به في « المُعْنِي » ، و « الشُّرْحِرِ » و « الفُروعِرِ » ، وغيرِهم .

قوله : ويجوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَمَرًّا في دارٍ ، ومَوْضِعًا في حائِطِه يَفْتَحُه بابًا ، وبُقْعَةً

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في م : « مبيع » .

⁽٣) في الأصل ، ط : ﴿ تَبِعًا ﴾ .

والسُّفْلَ) بما يُعْلَمُ به ؛ لأنَّ مِن شَرْطِ صِحَّةِ البَيْعِ ِ العِلْمَ بالمَبِيعِ ِ .

يَحْفِرُهَا بَئْرًا ، وعُلْوَ بَيْتٍ يَبْنِي عليه بُنْيانًا مَوْصُوفًا . بلا نِزاعٍ . وقال المُصَنِّفُ ، الإنصاف ومَن تَبِعَه ، فى وَضْع ِ خَشَبٍ أو بِناءٍ : يجوزُ إجارَةً ، مُدَّةً معْلُومَةً ، ويجوزُ صُلْحًا أَبَدًا .

قوله: فإنْ كَانَ البَيْتُ غيرَ مَبْنِيٍّ ، لم يَجُوْ في أحدِ الوَجْهَين . وأطّلقهما في «المُغْنِي »، و « الشَّوْحِ »، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ أحدُهما ، يجوزُ ، أي يصِحُ ، إذا وصف العُلُو والسُّفْلَ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال في «الفروعِ »: والأصحُّ ، يصِحُّ إذا كان مَعْلُومًا . وجزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحاوِي الكَبِيرِ » ، وابنُ عَبْدُوسِ في « تَذْكِرَتِه » ، وغيرُهم . وصحَّحه في « التَّصْحيحِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهما . والوَجْهُ الثَّاني ، لا يجوزُ ، أي لا يصِحُّ . قالَه القاضي . و قدَّم التَّبِيهُ على ذلك كلِّه في كتابِ البَيْعِ ، في الشَّرْطِ الثَّالَثِ ؛ فإنَّه داخِلُ في كلامِه و تقدَّم التَّبِيهُ على وَجْهِ العُمومِ ، وهنا مُصَرَّح به . وبعضُ الأصحابِ ذكر المَسْأَلَة هناك ، وبعضُهم ذكرَها هنا ، وبعضُهم عبَّر بالصُّلْحِ عن ذلك ، وهو كالبَيْعِ هنا . فالنَّقُلُ فيها مِنَ المَكانَيْن .

تنبيه : حيثُ صحَّحْنا ذلك ، فمتى زالَ ، فله إعادَتُه مُطْلَقًا ، ويَرْجِعُ بأُجْرَةِ مُدَّةِ زَوالِه عنه . وفي الصُّلْحِ ، على زَوالِه ، وعدَم ِ عَوْدِه .

فائدة : حُكْمُ المُصالَحَةِ في ذلك كلّه ، حُكْمُ البَيْعِ . لكِنْ قال في « الفُنُونِ » : فإذا فرَغَتِ المُدَّةُ يَحْتَمِلُ أَنَّه ليس لرَبِّ الجِدارِ مُطالَبَتُه بقَلْع ِ خَشَبِه . قال : وهو الأَشْبَهُ كإعارَتِه لذلك ؛ لما فيه مِنَ الخُروج ِ عن حُكْم ِ العُرْفِ ؛ لأنَّ العُرْف وضَعَها

المنه وَإِنْ حَصَلَ فِي هَوَائِهِ أَغْصَانُ شَجَرَةِ غَيْرِهِ ، فَطَالَبَهُ بِإِزَالَتِهَا ، لَزِمَهُ . فَإِنْ أَبِي ، فَلَهُ قَطْعُهَا .

الشرح الكبير

١٨٨٦ – مسألة : (وإن حُصَل في هَوائِه أَغْصانُ شَجَرَةِ غيره ، فطالَبَه بإزالَتِها ، فله ذلك . فإن أبي ، فله قَطْعُها) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا حَصَلَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِه في هَواء مِلْكِ غيره ، أو هَواء جدار له فيه شَركَةٌ ، لَزِم مالِكَ الشُّجَرةِ إِزَالةُ تلك الأغْصانِ ؛ إمَّا برَدِّها إلى ناحيةٍ أُخْرَى ، وإمَّا بالقَطْع ِ ؛ لأنَّ الهَواءَ مِلْكٌ لصاحِب القَرارِ ، فوَجَبَ إزالةُ ما يَشْغَلُه مِن مِلْكِ غيرِه ، كالقَرارِ . فإنِ امْتَنَعَ المالِكُ مِن إِزالَتِه ، لم يُجْبَرْ ؛ لأَنَّه مِن غير فِعْلِه ، فلم يُجْبَرْ على إزالَتِه ، كما لو لم يَكُنْ مِلْكُه . وإن تَلِفَ بها شيءٌ ،

للأبَدِ ، فهو كإعارَةِ الأَرْضِ للدَّفْنِ . ثم إمَّا أَنْ يَتْرُكَه بعدَ المُدَّةِ بحُكْم العُرْفِ بأُجْرَةِ مِثْلِه إلى حين نَفادِ الخَشَب ؛ لأنَّه العُرْفُ فيه ، كالزَّرْعِ إلى حَصادِه ؛ للعُرْفِ فيه ، أو يُجَدُّدَ إجارةً بأُجْرَةِ المِثْلِ ؛ وهي المُسْتَحَقَّةُ بالدُّوامِ بلا عَقْدٍ .

قوله : وإنْ حصَل في هوائِه أغْصَانُ شَجَرَةِ غيره ، فطالَبَه بإزالَتِها ، لَزمَه . فإنْ أبي ، فله قَطْعُها . قال الأصحابُ : له إزالتُها بلا حُكْم حاكِم . قال في « الوَجيز » : فإنْ أَبَى ، لَواه ، إنْ أَمْكَنَ ، وإلَّا فله قَطْعُه . وكذا قال غيرُه . وقيلَ لأَحْمَدُ : يَقْطَعُه هو ؟ قال : لا ، يقُولُ لصاحِبه حتى يقْطَعَ .

فائدة : إذا حصل في مِلْكِه أو هَوائِه أغْصانُ شَجَرَةٍ ، لَزمَ المَالِكَ إِزالَتُه إذا طالَبَه بذلك . بلا نِزاعٍ ، لكِنْ لو امْتَنعَ مِن إِزالَتِه ، فهل يُجْبَرُ عليه ، ويضْمَنُ ما تَلِفَ به ؟ فيه وَجْهان . وأَطْلَقَهما في « الفُروع ِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْم ِ » ؛ أحدُهما ، لا يُجْبَرُ ، ولا يَضْمَنُ ما تَلِفَ به . وهو الصَّحيحُ . قدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « شَرْحِ ابن ِ رَزِين ِ » ، في عدَم ِ الإِجْبارِ . والتَّاني ، يُجْبَرُ على

لم يَضْمَنْه ؛ لذلك . ويَحْتَمِلُ أَن يُجْبَرَ على إِزالَتِه ويَضْمَنَ مَا تَلِف به ، إِذَا أُمِر بِإِزالَتِه فلم يَفْعَلْ ، بِنَاءً على مَا إِذَا مال حائِطُه إلى مِلْكِ غيرِه ، على ما سنذكُره ، إِن شاء الله تعالى . وعلى كلا الوَجْهَيْن ، إِذَا امْتَنَعَ مِن إِزالَتِه كَان لَصَاحِبِ الهَواءِ إِزالَتُه بأَحدِ الأَمْرَيْن ؛ لأَنَّه بمَنْزِلةِ البَهِيمةِ التي تَدْخُلُ لصَاحِبِ الهَواءِ إِزالَتُه بأَحدِ الأَمْرَيْن ؛ لأَنَّه بمَنْزِلةِ البَهِيمةِ التي تَدْخُلُ دارَه ، له إِخراجُها ، كذاه لهنا . وهذا مَذْهَبُ الشافعيّ . فإن أَمْكَنه إِزالَتُها بلا إِثلافٍ ولا قَطْعٍ مِن غيرِ مَشَقَّةٍ تَلْزَمُه ولا غَرامةٍ ، لم يَجُزْ له إِثلافُها ، كا أَنَّه إِذَا أَمْكَنه إِخراجُ البَهِيمةِ مِن غيرِ إِثلافٍ ، لم يَجُزْ له إِثلافُها . فإن أَنَّه إِذَا أَمْكَنه إِخراجُ البَهِيمةِ مِن غيرِ إِثلافٍ ، لم يَجُزْ له إِثلافُ ، فله ذلك ، أَنَّهُ إِذَا أَمْكُنه إِذَا أَمْكُنه إِزَالتُهَا إِلَّا بالإِثلافِ ، فله ذلك ، ولا شيءَ عليه ، فإنَّه لا يَلْزَمُه إِقْرارُ مالِ غيرِه في مِلْكِه .

١٨٨٧ - مسألة : (فإن صالَحَه عن ذلك بعِوَض ، لم يَجُزْ) اخْتَلَفَ أصحابُنا في ذلك ، فقال أبو الخَطّاب : لا تَصِحُّ المُصالَحةُ عن ذلك بحالٍ ،

الإنصاف

إِزَالَتِه ، ويَضْمَنُ مَا تَلِفَ به . (اوهو احْتِمَالٌ اللهُ فَي (المُغْنِى) ، و (الشَّرْحِ) . وقال ابنُ رَزِينِ : ويَضْمَنُ مَا تَلِفَ به ، إِنْ أُمِرَ بإِزَالَتِه فلم يَفْعَلْ . وكذا قال فى (المُغْنِى) ، و (الشَّرْحِ) .

قوله: وإنْ صالَحَه عن ذلك بعِوَض ، لم يَجُزْ . وهو أَحَدُ الوُجوهِ . جزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و و المُدْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « نِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ » . وقدَّمه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : يجوزُ . قال المُصَنِّفُ في « المُغنِي » : اللَّائقُ بمذهبِناصِحَّتُه . واختارَه ابنُ حامِدٍ ، وابنُ عَقِيلٍ .

⁽١ - ١) في الأصل : « وهو الصحيح قدمه » .

الشرح الكبير رَطْبًا كان الغُصْنُ أو يابسًا ؛ لأنَّ الرَّطْبَ يَزِيدُ ويتَغَيَّرُ ، واليابسَ يَنْقُصُ ، ورُبُّما ذَهَب كلُّه . وقال ابنُ حامدٍ وابنُ عَقِيلٍ : يَجُوزُ ذلك ، رَطْبًا كَان الغُصْنُ أو يابسًا ؛ لأنَّ الجَهالَةَ في المُصالَحِ عنه [١٩١/٤] لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ ؛ لكَوْنِها لا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، بخِلافِ العِوَض ، فإنَّه يَفْتَقِرُ إلى العِلْمِ لوُجُوبِ تَسْلِيمِه ، ولأنَّ الحاجَةَ داعِيةٌ إلى ذلك ؛ لكونِ ذلك يَكْثُرُ في الأَمْلاكِ المُتَجاورَةِ ، وفي القَطْع ِ إِتْلافٌ وضَرَرٌ ، والزِّيادَةُ المُتَجَدِّدَةُ يُعْفَى عنها ، كالسِّمَنِ الحادِثِ في المُسْتَأْجَرِ للرُّكُوبِ ، والمُسْتَأْجِرِ للغُرْفَةِ يتَجَدَّدُ له الأوْلادُ ، والغِراسِ المُسْتَأْجَرُ له الأَرْضُ يَعْظُمُ ويَجْفُو . وقال القاضى : إن كان يابِسًا مُعْتَمِدًا على نَفْسِ الجدارِ ، صَحَّتِ المُصالَحةُ عنه ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ مَأْمُونَةٌ فيه ، ولا يَصِحُّ الصُّلْحُ على غيرِ ذلك ؛ لأنَّ الرَّطْبَ يَزِيدُ في كُلِّ وَقْتٍ ، وما لا يَعْتَمِدُ على الجِدارِ ، لا يَصِحُّ الصُّلْحُ عليه ؛ لْأَنَّهُ تَبَعُ الهَواءِ. وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ. قال شيخُنا('): والَّلائِقُ

الإنصاف وجزَم به في « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِين في « شَرْحِه » . وأطْلَقَهما في « المُغْنِي » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْح ِ » ، و « الفُروع ِ » . وقيل : إنْ صَالَحَه عَن رُطَبِه ، لم يَجُزْ ، وإنْ كان يابسًا ، جازَ . اخْتَارَه القاضي . وجزَم به ف « الوَجيزِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقدَّم في « التَّلْخيص ِ » ، عدَمَ الجَواز في الرَّطْبَةِ ؛ لأنَّها تَتَغَّيرُ . وأَطْلَقَ الوَجْهَين في اليابسَةِ . وقال في ﴿ الرِّعايَةِ الصُّغْرَى ﴾ ، و ﴿ الحَاوِيَيْنِ ﴾ : وإنْ صالَحَه عن رَطْبَةٍ ، لم يَجُزْ . وقيل : في الصُّلْحِ عن غُصْنِ الشُّجَرَةِ وَجْهان . انتهيا . وأطْلَقَ الأوْجُهَ الثَّلاثَةَ في ﴿ النَّظْمِ ﴾ ، و ﴿ الفائق ﴾ .

⁽١) في : المغنى ١٩/٧ .

بمَذْهَبِ أَحمدَ صِحَّتُه ؛ لأنَّ الجَهالَةَ في المُصالَحِ عنه لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ الشرح الكبر إذا لم يَكُنْ إلى العِلْمِ به سَبِيلٌ ، وذلك لدُعاءِ الحاجَةِ إليه ، وكَوْنِه لا يَحْتاجُ إلى تَسْلِيمٍ ، وهذا كذلك . والهَواءُ كالقرارِ في كَوْنِه مِلْكًا لصاحِبِه ، فجاز الصُّلْحُ على ما فيه ، كالذي في القرارِ .

١٨٨٨ – مسألة : (فإنِ اتَّفَقاعلى أَنَّ الثَّمَرةَ له أُو بينَهما ، جاز ، و لم يَلْزُمْ) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّه إذا صالَحَه عن ذلك بجُزْءٍ مِن الثَّمَرةِ أو بالثَّمَرةِ كلها ، فقد نَقَل المَرُّوذِيُّ وإسحاقُ بنُ إبراهيمَ ، عن أحمدَ ، أَنَّه سُئِل عن ذلك فقال : لا أَدْرِى . فيَحْتَمِلُ أَن يَصِحَّ . ونحوه قال مَكْحُولٌ ، فإنَّه نُقِلَ عنه أَنَّه قال : أَيُّما شَجَرَةٍ ظَلَّلَتْ على قَوْمٍ ، فهم بالخِيارِ بينَ قَطْع ما ظَلَّلَ ، أو أَكْل ِ ثَمَرِها . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَصِحَّ . وهو قولُ ما ظَلَّلَ ، أو أَكْل ِ ثَمَرِها . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَصِحَّ . وهو قولُ ما ظَلَّلَ ، أو أَكْل ِ ثَمَرِها . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَصِحَّ . وهو قولُ

الإنصاف

واشْتَرطَ القاضى للصِّحَّةِ ، أَنْ يكونَ الغُصْنُ مُعْتَمِدًا على نَفْسِ الحائطِ ، ومنَع إذا كان فى نَفْسِ الهَواءِ ؛ لأَنَّه تابِعٌ للهَواءِ المُجَرَّدِ . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : يجوزُ مع مَعْرِفَةِ قَدْرِ الزِّيادَةِ بالأَذْرُعِ .

قوله: وإنِ اتَّفَقاعلى أَنَّ الثَّمَرَةَ له ، أو بينَهما ، جازَ ، و لم يَلْزَمْ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوّجيزِ » ، [١٣١/٢ و] و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيْن » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفائقِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : جازَ فى الأصحِّ . وقيل : لا يجوزُ . قال الإمامُ أحمدُ ، فى جَعْلِ الثَّمَرَةِ الكُبْرَى » : جازَ فى الأصحِّ . وقيل : لا يجوزُ . قال الإمامُ أحمدُ ، فى جَعْلِ الثَّمَرَةِ بينَهما : لا أَدْرِى . وهما احتِمالان مُطْلَقان فى « المُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وقال المُصَنِّفُ : والذى يَقْوَى عندِى ، أَنَّ ذلك إباحَةٌ ، لا صُلْحٌ .

الشرح الكبير الأَكْثَرِين (١) . وبه قال الشافعيُّ ؛ لأنَّ العِوَضَ مَجْهُولٌ ، فإنَّ الثَّمَرَةَ مَجْهُولةً وجُزْوُّها مَجْهُولٌ ، ومِن شَرْطِ الصُّلْحِ العِلْمُ بالعِوَض ، ولأنَّ المُصالَحَ عليه أيضًا مجهولٌ ؛ لأنَّه يَزيدُ ويتَغَيَّرُ ، على ما أَسْلَفْناه . ووَجْهُ الأوّل ، أنَّ هذا ممَّا يَكْثُرُ في الأمْلاكِ ، وتَدْعُو الحاجَةُ إليه ، وفي القَطْعِ إِتْلَافٌ ، فجاز مع الجَهالَةِ ، كالصُّلْحِ على مَجْرَى مِياه الأمْطارِ ، وعلى المَواريثِ الدّارسَةِ ، والحُقُوقِ المَجْهُولةِ التي لا سَبيلَ إلى عِلْمِها . قال شيخُنا(٢) : ويَقْوَى عندِي أَنَّ الصُّلْحَ هنا يَصِحُّ ، بمَعْنَى أَنَّ كُلُّ واحِدٍ منهما يُبيحُ صاحِبَه ما بَذَل له ، فصاحِبُ الهَواء يُبيحُ صاحبَ الشُّجَرةِ إِبْقاءَها ، ويَمْتَنِعُ مِن قَطْعِها وإزالَتِها ، وصاحبُ الشجرةِ يُبيحُه ما بَذَل له مِن ثَمَرَتِها ، ولا يكونُ هذا بمَعْنَى البَيْع ِ ؛ لأنَّ البَيْعَ لا يَصِحُّ بمَعْدُوم ولا مَجْهُولِ ، والثَّمَرةُ في حال الصُّلْحِ مَعْدُومَةٌ مَجْهُولةٌ ، ولا هو لازمٌ ، بل لكلِّ واحِدٍ منهما الرُّجُوعُ عما بَذَلَه ، والعَوْدُ فيما قالَه ؛ لأنَّه مُجَرَّدُ إِباحَةٍ مِن كُلِّ وَاحِدٍ منهما لصاحِبه ، فَجَرَى مَجْرَى قولِ كُلِّ وَاحْدٍ منهما

فائدتان ؛ إحْداهما ، حُكْمُ عُروقِ الشَّجَرَةِ في غير أرْض مالِكِها ، حُكْمُ الأغْصانِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب . جزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْح ِ » ، و « النَّظْم ِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروع ِ » . وقيل عنه : حُكْمُها حُكْمُ الأغْصانِ إذا حصَل ضَرَرٌ (") ، وإلَّا فلا . الثَّانيةُ ، صُلْحُ مَن مالَ

⁽١) في م: « الأكثر ».

⁽٢) في : المغنى ٢٠/٧ .

⁽٣) في الأصل ، ط : ﴿ من ﴾ .

لصاحِبه ، اسْكُنْ دارِي وأَسْكُنُ دارَك . مِن غيرِ تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، ولا ذِكْرِ شُرُوطِ الإجارَةِ ، أو قولِه : أَبَحْتُك الأَكْلَ مِن ثَمَرةِ بُسْتانِي ، فأبحْنِي الأَكْلَ مِن ثَمَرةِ بُسْتَانِك . وكذلك قَوْلُه : دَعْنِي أُجْرِي في أَرْضِكَ مَاءً ولك أن تَسْقِيَ به ما شِئْتَ ، وتَشْرَبَ منه . ونحو ذلك ، فهذا مِثْلُه [٩٢/٤] بل أَوْلَى ، فإنَّ هذا ممّا تَدْعُو الحاجَةُ إليه كَثِيرًا ، وفي إلْزامِ القَطْع ِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ وإِتْلافُ أَمْوالِ كَثِيرةٍ ، وفي التَّرْكِ مِن غيرِ نَفْع ٍ يَصِلُ إلى(١) صاحِبِ الهَواءِ ضَرَرٌ عليه . وفيما ذَكَرْنا جَمْعٌ بينَ الأَمْرَيْن ، ونَظَرُّ للفَريقَيْن ، وهو على وَفْقِ الأُصُولِ ، فكان أُوْلَى .

فصل : وكذلك الحُكْمُ فيما امْتَدَّ مِن عُرُوقِ شَجَر إنْسانٍ إلى أرْضِ جاره ، سَواءٌ أُثَّرَتْ ضَرَرًا مثلَ تَأْثِيرِها في المَصانِع ِ ، وطَيِّ الآبارِ ، وأساس الحِيطانِ أو مَنْعِها مِن نَباتِ شَجَرِ لصاحِبِ الأَرْضِ أو زَرْعٍ ، أو لم تُؤَثَّرْ ، فإنَّ الحُكْمَ في قَطْعِه والصُّلْحِ عنه ، كالحُكْمِ في الغُصْن (١) ، إِلَّا أَنَّ العُرُوقَ لا ثَمَرَ لها . فإنِ اتَّفَقا على أنَّ ما يَنْبُتُ مِن عُرُوقِها لصاحِبِ الأَرْضِ ، أو جُزْءِ مَعْلُومٍ منه ، فهو كالصُّلْحِ على الثَّمَرَةِ فيما ذَكَرْنا . فعلى قَوْلِنا ، إذا اصْطَلَحاعلى ذلك فمَضَتْ مُدّةٌ ثم أبي صاحِبُ

حائطُه ، أو زَلَق مِن خَشَبِه إلى مِلْكِ غيرِه ، كالأغْصانِ . قالَه في « الفُروع ِ » . الإنصاف وقال : وهو ظاهِرُ رِوايَةِ يَعْقُوبَ . وفي « المُبْهج ِ » في بــاب الأطْعِمَــة ِ ، ثَمَرَةُ غَصْن في هَواءِ طَرِيقٍ عامٌّ ، للمُسْلِمِين .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في م: ﴿ الفروع ، .

المَنع ۚ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَعَ إِلَى طَريقِ نَافِذٍ جَنَاحًا ، وَلَا سَابَاطًا ، وَلَا دُكَانًا .

الشرح الكبر الشَّجَرَةِ دَفْعَ نَباتِها إلى صاحِب الأرْض ، فعليه أَجْرُ المِثْل ؛ لأنَّه إنَّما تَركه فى أَرْضِه لهذا ، فلَمَّا لم يُسَلِّمْ له ، رَجَع بأَجْرِ المِثْلِ ، كما لو بَذَلَها بعِوَضٍ لم يُسَلُّمْ له ، وكذلك الحُكْمُ (١) في مَن مال حائِطُه إلى هَواءِ مِلْكِ غيرِه ، أو زَلَقَ⁽⁾ مِن أَخْشابه إلى مِلْكِ غيره ، فالحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنا .

١٨٨٩ – مسألة : ﴿ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَعَ إِلَى طَرِيقِ نَافِلْهِ جَنَاحًا ، ولا ساباطًا(")، ولا دُكَّانًا) الجَناحُ هو الرَّوْشَنُ (١٠) يكونُ على أطْرافِ خَشَبَةٍ مَدْفُونةٍ فِي الحَائِطِ ، وأَطْرافُها خارجَةً إلى الطُّريقِ ، لا يَجُوزُ إخْراجُه ، سَواءٌ كَانَ يَضُرُّ بِالمَارَّةِ فِي العادَةِ أُو لا يَضُرُّ . ولا يَجُوزُ أَن يَجْعَلَ عليها ساباطًا بطَرِيقِ الأَوْلَى ، وهو المُسْتَوْفِي لهَواء الطُّريق كلُّه على جدارَيْن ، سَواءً كان الجدارانِ مِلْكُه أو لم يَكُونا ، أذِنَ الإمامُ في ذلك أو لم يَأْذَنَّ . وقال ابنُ عَقِيل : إِن لَم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ ، جاز بإذْنِ الإِمام ؛ (الأنَّه نائِبُهم) ،

الإنصاف

قوله : ولا يجوزُ أنْ يَشْرَعَ إلى طَرِيقِ نافِذٍ جَناحًا ولا ساباطًا . وكذا لا يجوزُ . أَنْ يُخْرِجَ دَكَّةً . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، نصَّ عليه ، في رِوايَةِ أَبِي طالِبٍ ، وابن ِ مَنْصُورٍ ، ومُهَنَّا ، وغيرهم . انتهي . وعليه جماهيرُ الأصحاب ، وقطَع به كثيرٌ ـ

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) زلق : ابتعد وانتحى .

⁽٣) الساباط: سقيفة بين حائطين تحتها ممرنافذ.

⁽٤) الروشن : الشرفة .

⁽٥ - ٥) سقط من : م .

فجَرَى إِذْنُه مَجْرَى إِذْنِ المُشْتَركِين في الدَّرْبِ الذي ليس بنافِلْدٍ . وقال أبو حنيفة : يجوزُ مِن ذلك ما لا ضَرَرَ فيه ، وإن عارَضَه رجلٌ مِن المسلمين وَجَب قَلْعُه . وقال مالِكٌ ، والأوْزاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقَ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَجُوزُ إِذَا لَمْ يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ مَنْعَه ؛ لأنَّه ارْتَفَقَ بِمَا لَم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ أَحَدٍ فِيه مِن غيرٍ مَضَرَّةٍ ، فأَشْبَهَ المَشْيَ في الطَّريق والجُلُوسَ فيها . واخْتَلَفُوا في الذي لا يَضُرُّ ما هو ؟ فقال بعضُهم : إن كان في شارع تَمُرُ فيه الجُيُوشُ ('والأحْمالُ') ، فيكونُ بحيثُ إذا سار فيه الفارِسُ ورُمْحُه مَنْصُوبٌ لا يَبْلُغُه . وقال أَكْثَرُهم : لا يُقَدَّرُ بذلك ، بل

منهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وحُكِيَ عن أحمدَ جَوازُه بلا ضَرَرٍ . ذكرَه الشَّيْخُ الإنصاف تَقِيُّ الدِّينِ في « شَرْحِ العُمْدَةِ » ، واختارَه هو ، وصاحِبُ « الفائق ِ » . فعلى المذهب فيهما وفي المِيزاب - الآتِي حُكْمُه - يَضْمَنُ مَا تَلِفَ بَهُم . ويأْتِي ذلك ف كلام ِ المُصَنِّفِ ، في آخرِ بابِ الغَصْبِ . وفي سُقُوطِ نِصْفِ الضَّمانِ ، بناءً على أَصْلِه ، وَجْهان . وأَطْلَقَهما في « الفُروع ِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، في بابِ الغَصْبِ . قلتُ : الصُّوابُ ضَمانُ الجميع ِ . ثم وَجَدْتُ المُصَنِّفَ ، والشَّارِحَ ، في كتابِ الغَصْب ، قالا لمَن قال مِن أصحاب الشَّافِعِيِّ : يَضْمَنُ النَّصْفَ . لأَنَّه إِخْراجٌ يضْمَنُ به البَعْضَ ، فضَمِنَ به الكُلُّ ؛ لأنَّه المَعْهودُ في الضَّمانِ . وقال الحارثِيُّ : وقال الأصحابُ : وبأنَّ النَّصْفَ (٢) عُدُوانٌ . فأوْجَبَ كلُّ الضَّمانِ . وظاهِرُ ما قالُوا : أنَّه يَضْمَنُ الجميعَ.

⁽۱ – ۱) سقط من: م.

⁽٢) في الأصل ، ط : ﴿ النصب ﴾ .

الشرح الكبير يكونُ بحيثُ لا يَضُرُّ بالعَمّاريّاتِ(١) والمَحامِل . ولَنا ، أنَّه بَنَى في مِلْكِ غيرِه بغيرِ إِذْنِه ، فلم [٩٢/٤ ع يَجُزْ ، كبناء الدُّكَّةِ (١) ، أو بناء ذلك في دَرْبِ غيرِ نافِذٍ بغيرِ إِذْنِ أَهْلِه . ويُفارِقُ المُرُورَ في الطَّريقِ ؟ فإنَّها جُعِلَتْ لذلك ، ولا مَضَرَّةَ فيه ، والجُلُوسُ لا يَدُومُ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، ولا نُسَلُّمُ أَنَّه لا مَضَرَّةَ فيه ، فإنَّه يُظْلِمُ الطَّرِيقَ ، ورُبَّما سَقَط على المارَّةِ ، أو سَقَط منه شيءٌ ، وقد تَعْلُو الأرْضُ بِمُرُورِ الزَّمانِ ، فيَصْدِمُ رُءُوسَ النَّاسِ ، ويَمْنَعُ مُرُورَ الدُّوابِّ بالأحْمالِ ، ويَقْطَعُ الطَّرِيقَ إِلَّا على الماشِي ، وقد رَأَيْنا مثلَ هذا كثيرًا ، وما يُفْضِي إلى الضَّرَرِ في ثانِي الحالِ ، يَجِبُ المَنْعُ منه

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لايجوزُ إخْراجُ المَيازيب إلى الطُّريق النَّافِذِ ، ولا إلى دَرْب غيرِ نافِذٍ إِلَّا بإذْنِ أَهْلِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . قال في ﴿ القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ ﴾ : هو كايشراع الأُجْنِحَةِ عندَ الأُصحاب . و هو كاقال . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وفي « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » احْتِمالٌ بالجَواز ، مع انْتِفاء الضَّرَر . وحُكِيَ روايَةً عن أحمدَ ، ذكرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ في ﴿ شَرْحِ العُمْدَةِ ﴾ ، كَمَا تَقَدُّم . قَلْتُ : وعليه العَمَلُ في كُلِّ عَصْرٍ ومِصْرٍ . قال في « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : واخْتَارَه طَائِفَةً مِنَ المُتَأْخُرِين . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : إِخْرَاجُ المَيَازِيبِ إلى الدَّرْبِ ، هو السُّنَّةُ . واخْتَارَه ، وقدَّمه في ﴿ النَّظْمِ ﴾ . فعلي هذا ، لاضَمانَ .

تنبيه : محَلُّ عدَم ِ الجَوازِ والضَّمانِ في الجَناحِ والسَّاباطِ والمَيازِيبِ ، إذا لم يَأْذَنْ فيه الإمامُ أو نائِبُه . فأمَّا إنْ أذِنَ أحدُهما فيه ، جازَ ذلك إنْ لم يَكُنْ فيه صَرَرٌ ، عندَ جماهيرِ الأصحابِ . قال في ﴿ الفُروعِ ﴾ : وجوَّزَ ذلك الأكثرُ بإذْنِ الإمامِ .

⁽١) العمارية : هـودج يحمـل على الدابة . انظر معجم Dozy .

⁽٢) الدكة : بناء يسطح أعلاه .

في ابْتِدائِه ، كما لو أراد بناءَ حائِطٍ مائل إلى الطُّريقِ يُخْشَى وُقُوعُه على مَن الشرح الكبير يَمُرُّ فيها . وَلَنا على أبى حنيفةَ ، أنَّه بَنَى فى حَقٍّ مُشْتَرَكٍ ، لو مَنَع منه بعضُ أَهْلِه لَم يَجُزْ ، فلم يَجُزْ بغيرِ إِذْنِهم ، كَمَا لُو أُخْرَجَه إِلَى هَواء دارِ مُشْتَرَكةٍ ، وذلك لأنَّ حَقَّ الآدَمِيِّ لا يجوزُ لغيره التَّصَرُّفُ فيه بغيرِ إِذْنِه ، وإن كان ساكِنًا ، كما لا يَجُوزُ إذا مَنَع . فأما الدُّكَّانُ ، فلا يجوزُ بِناؤُه في الطَّريق ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه ، سَواءٌ كان الطّرِيقُ واسِعًا أو لا ، وسَواءٌ أذِنَ فيه الإمامُ أُو لَمْ يَأْذَنَّ ؛ لأَنَّه بِناءٌ في مِلْكِ غيرِه بغيرِ إِذْنِه ، ولأنَّه يُؤْذِي المارَّةَ ويُضَيِّقُ عليهم ، ويَعْثُرُ به العاثِرُ ، أَشْبَهَ ما لو كان الطّريقُ ضَيِّقًا .

وقالَه في « القَواعِدِ » ، عن القاضي ، والأكثرِ . وجزَم به في « التَّلْخيصِ ِ » ، الإنصاف و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِيُّ : جزَم به القاضي في « المُجَرَّدِ » ، و « التَّعْلِيقِ الكَبِيرِ » ، وابنُ عَقِيلٍ في « الفصولِ » . وقيل : لایجوزُ ، ولو أَذِنَ فیه . قدَّمه فی « المُغْنِی » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و «الفائق » ، و « الحاوييْن » . وقال الحارثِيُّ ، في باب الغَصْب : والمذهبُ المَنْصُوصُ ، عدَمُ الإباحَةِ مُطْلَقًا ، كما تقدُّم في باب الصُّلْحِ . انتهى . وقدَّمه في « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والثَّمانِين » ، وقال : نصَّ عليه في رِوايَةِ أَبِي طالِبٍ ، وابن ِ مَنْصُورٍ ، ومُهَنَّا ، وغيرهم . وقالَه القاضي ف « المُجَرَّدِ » . قلتُ : بل هو ظاهِرُ كلام ِ المُصَنِّفِ . وقال المَجْدُ في « شَرْحِه » ، في كتاب الصَّلاةِ : إنْ كان لايَضُرُّ بالمارَّةِ ، جازَ . وهل يَفْتَقِرُ إلى إِذْنِ الإِمامِ ؟ على رِوايَتْين . الثَّانيةُ ، لم يذْكُرِ الأصحابُ مِقْدارَ طُولِ الجِدارِ الذي يُشْرَعُ عليه الجَناحُ والمِيزابُ والسَّاباطُ ، إذا قُلْنا بالجَوازِ ، لكِنْ حيثُ انْتَفَى الضَّرَرُ ، جازَ . وقال في « التَّلْخيصِ ِ » ،

فصل : ولا يَجُوزُ إخراجُ المَيازِيبِ إلى الطُّريقِ الأعْظَم ، ولا إلى دَرْبِ (١) نافِذٍ إِلَّا بَإِذْنِ أَهْلِه . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ : يَجُوزُ إِخْراجُه إِلَى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ ؛ لأَنَّ عُمَرَ اجْتازَ على دارِ العباس وقد نَصَبِ مِيزابًا إلى الطُّرِيقِ ، فقَلَعَه ، فقال العباسُ : تَقْلَعُه وقد نَصَبَه رسولُ الله عَلَيْتُهُ بِيَدِهِ . فقال : والله لِا نَصَبْتُه إِلَّا عَلَى ظَهْرِى . وانْحَنَى حتى صَعِد على ظُهْرِه ، فنَصَبَه(٢) . وما فَعَلَه رسولُ اللهِ عَيْطِيُّكُ فلغيره فِعْلُه ، ما لم يَقُمْ دَلِيلَ على اختِصاصِه به ، ولأنَّ الحاجةَ تَدْعُو إلى ذلك ، ولا يُمْكِنُه رَدُّ مائِه

الإنصاف و « التَّرْغِيبِ » : يكونُ بحيثُ يُمْكِنُ عُبورُ مَحْمِل . وقدَّمه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . واخْتَارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال بعضُ الأصحابِ : يكونُ بحيثُ يُمْكِنُ مُرورُ رُمْحٍ قائِمًا بيَدِ فارِسٍ .

قوله : ولا دُكَّانًا . لا يجوزُ أَنْ يشْرَعَ دُكَّانًا في طَرِيقِ نافِذٍ ، سواءٌ أَذِنَ فيه الإِمامُ ، أو لا . على الصَّحيح ِ مِنَ المَذهب ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . قال في « المُغنِي » ، و ﴿ الشُّرْحِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِي الكَبِيرِ ﴾ : لانَعْلَمُ فيه خِلافًا . وقدَّمه في « الفُروعِ » . وقيل : حُكْمُه حكمُ الجَناحِ ونحوِه . قال في « الفَروعِ » [١٣١/٢ ع] : مع أنَّ الأصحابَ لم يُجَوِّزُوا حَفْرَ البِئرِ والبِناءَ في ذلك لنَفْسِه ، وكأنَّه لما فيه مِنَ الدُّوامِ . قال : ويتَوَجُّهُ مِن هذا الوَجْهِ ، تخْرِيجٌ . يعْنِي ، في جَوازِ حَفْرٍ البِثْرِ والبِناءِ . وظاهِرُ كلامِه في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ ، جَوازُ إخراجِ الدُّكَّانِ ، وإنْ

⁽١) بعده في م: (غير).

⁽٢) أخرجـه البيهقي ، في : باب نصب الميزاب وإشراع الجناح ، من كتاب الصلح . السنن الكبري ٦ / ٦٦ . والحاكم ، ف : باب محاكمة العباس ... ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرك ٣ / ٣٣١ .

إلى الدَّارِ ، ولأنَّ النَّاسَ يَعْمَلُونِ ذلك فى جَمِيع ِ بلادِ الإِسْلام ِ مِن غيرِ الشرح الكبا نَكِيرِ . ولَنا ، أنَّ هذا تَصَرُّفٌ فى هَواءٍ مُشْتَرَكٍ بينَه وبينَ غيرِه بغيرِ إِذْنِه ،

مَنعْناه مِن غيرِه ، على المُقدُّم ِ ؛ فإنَّه قال : وليس لأَحَدٍ أَنْ يُخْرِجَ إلى دَرْبِ نافِذٍ الإنصاف

مِن مِلْكِه رَوْشَنًا ، ولا كذا ، ولا كذا . وقيل : ولا دُكَّانًا . ولَعَلَّه سَهْوٌ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي النَّسْخَة غَلَطٌ .

(اتنبيه: ممّن ذكر الدُّكَانَ كالمُصنَّفِ، واقْتَصرَ عليه، أبو الخَطَّابِ في « الهِدايَةِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و جَمْعٌ كثيرٌ . وممَّنْ ذكر الدَّكَّةَ ، واقْتَصرَ عليها ، و لم يذْكُرِ الدُّكَّانَ ، جماعةٌ ؛ منهم ابنُ حَمْدانَ ، في « الرِّعايَةِ الصَّغْرَى » ، عليها ، و لم يذْكُرِ الدُّكَّانَ ، جماعةٌ ؛ منهم ابنُ حَمْدانَ ، في « الرِّعايَةِ الصَّغْرَى » ، وقد فسَّر ابنُ مُنجَّى الدُّكَّانَ في كلامِ المُصنِّفِ وصاحِبُ « الحاوِي الصَّغِيرِ » . وقد فسَّر ابنُ مُنجَّى الدُّكَّانَ في كلامِ المُصنِّفِ بالدَّكَةِ . قال في « المُطْلِعِ » : قال أبو السَّعاداتِ (٢٠) : الدُّكَّانُ ؛ الدَّكَةُ المَبْنِيَةُ للجُلُوسِ عليها . وقال في « البَدْرِ المُنيرِ » : الدَّكَةُ ؛ المَكانُ المُرْتَفِعُ يُجْلَسُ عليه ، وهو المَصْطَبَةُ . وجمَع ابنُ جَمْدانَ ، في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » بينهما ، فقال : وليس لأحَدِ أَنْ يُخْرِجَ إلى طَرِيقِ نافِذِ ذَكَّةً . وقيل : ولا دُكَّانًا . انتهى . فغايرَ بينهما . وقال لأحَد قال الجَوْهَرِئُ : الدُّكَّانُ ؛ الحَانُوتَ ، وعلى الدَّكَةِ التي يُقْعَدُ عليها . وقال في « القامُوسِ » (٣) : الدَّكَةُ بالفَتْحِ ، والدُّكَّانُ بالضَّمِ ؛ بِناءٌ يُسْطَحُ انتهى . وقال في « القامُوسِ » (٣) : الدَّكَةُ بالفَتْحِ ، والدُّكَانُ بالضَّمِ ؛ بِناءٌ يُسْطَحُ أَعْلاه للمَقْعَدِ . انتهى .)

⁽١ - ١) في هامش ١ : ﴿ زيادة من هامش نسخة المصنف ﴾ .

⁽٢) هو هبة الله بن على بن محمد ، أبو السعادات ، المعروف بابن الشجرى . كان أوحد زمانه فى علم العربية ومعرفة اللغة ، صنف كتاب (الأمالى) ، وله فى النحو عدة تصانيف . توفى سنة اثنتين وأربعين وخمسمائة . بغية الوعاة ، للسيوطى ٣٢٤/٢ .

⁽٣) القاموس المحيط ٣/ ٣١٢ .

المَنع وَلَا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ ، وَلَا دَرْبِ غَيْرِ نَافِذٍ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ .

الشرح الكبير فلم يَجُزْ ، كما لو كان الطَّرِيقُ غيرَ نافِذٍ ، ولأنَّه يَضُرُّ بالطَّريقِ وأَهْلِها ، فلم يَجُزْ ، كَبِناء دَكَّةٍ فِيها أو جَناحٍ يَضُرُّ بأَهْلِها ، ولا يَخْفَى ما فيه مِن الضَّرَر ، فإنَّ ماءَه يَقَعُ على المارَّةِ ، ورُبَّما جَرَى فيه البَوْلُ أو ماءٌ نَجسٌ فيُنَجِّسُهم ، ويُزَلِّقُ الطُّرِيقَ ، ويَجْعَلُ فيها الطِّينَ ، والحَدِيثُ قَضِيَّةٌ في عَيْنٍ ، فيَحْتَمِلُ أَنُّه كان في دَرْبِ غيرِ نافِذٍ ، أو تَجَدَّدَتِ الطَّرِيقُ بعدَ نَصْبِه . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ ذلك ؛ لأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إليه ، والعادَةُ جارِيةٌ به ، مع ما فيه مِن الخَبَرِ المَذْكُور .

[٩٣/٤] • ١٨٩ – مسألة : ﴿ وَلَا ﴾ يَجُوزُ ﴿ أَنْ يَفْعَلَ ذَلْكُ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ ، ولا دَرْبِ غير نافِذٍ إِلَّا بإِذْنِ أَهْلِه ﴾ أمَّا في مِلْكِ الإِنْسَانِ فلا يَجُوزُ بغير إِذْنِه ؛ لأَنَّه تَصَرُّفٌ في مِلْكِ الغيرِ ، فلم يَجُزْ بغيرِ إِذْنِه ، ولا يَجُوزُ ذلك في الدَّرْبِ . وبه قال الشافعيُّ في الجَناحِ والسَّاباطِ ، إذا لم يَكُنْ له في الدَّرْب بابُّ ، وإن كان له في الدَّرْب بابٌ ، فقد اخْتَلَفَ أَصْحابُه ، فمنهم مَن مَنَعَه أيضًا ، ومنهم مَن أجاز له إخراجَ الجَناحِ والسَّاباطِ ؛ لأنَّ له في الدَّرْبِ اسْتِطْراقًا ، فملَكَ ذلك ، كما يَمْلِكُه في الدَّرْبِ النافِذِ . ولَنا ، أنَّه بناءٌ في هَواء مِلْكِ قَوْمٍ مُعَيَّنين ، أَشْبَهَ إِذا لَم يَكُنْ لَه فيه بابّ ، ولا نُسَلَّمُ الأَصْلَ الذي قاسُوا عليه . فإن أَذِنَ أَهْلُ الدَّرْبِ فيه ، جاز ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، فجاز بإذْنِهم ، كما لو كان لمالِكِ واحدٍ .

قوله : ولا أَنْ يَفْعَلَ ذلك في دَرْبِ غيرِ نَافِذٍ ، إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِه . بلا نِزاعٍ . وكذا

١٨٩١ - مسألة : (فإن صالَحَ عن ذلك بعِوض ، جاز في أحَد الشرح الكبير الوَجْهَيْن) وقال القاضي ، وأصحابُ الشافعيِّ : لا يَجُوزُ في الجَناحِ والسَّاباطِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ للهَواءِ دُونَ القَرارِ . ولَنا ، أنَّه يَيْنِي فيه بإذْنِهم ، فجاز ، كَالُو أَذِنُواله بغيرِ عِوَضِ ، ولأنَّه مِلْكٌ لهم ، فجاز لهم أُخذُعِوَضِه ، كالْقَرارِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّما يَجُوزُ بشَرْطِ كَوْنِ ما يُخْرِجُه مَعْلُومَ المِقْدارِ في الخُرُوجِ والعُلُوِّ، وهكذا الحُكْمُ فيما إذا أُخْرَجَه إلى مِلْكِ إِنْسانٍ مُعَيَّنِ، يَجُوزُ بإِذْنِه ، بعِوَض وبغيرِه ، إذا كان مَعْلُومَ المِقْدارِ .

> فصل : ولا يَجُوزُ أَن يَحْفِرَ فِي الطُّريقِ النافِذَةِ بِئُرًا لنَفْسِه ، سَواءٌ جَعَلَها لماءِ المَطَرِ ، أو ليَسْتَخْرِجَ منها ماءً يَنْتَفِعُ به ، ولا غيرِ ذلك ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قبلُ . وإن أراد حَفْرَها للمسلمين ونَفْعِهم ، أو لنَفْع ِ الطُّرِيقِ ، مثلَ أَن يَحْفِرَها ليَسْقِيَ (١) الناسَ مِن مائِها ، ويَشْرَبَ منه المارَّةُ ، أو ليَنْزلَ فيها ماءُ المَطَرِ عن الطّريقِ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان الطّريقُ ضَيِّقًا ، أو كانت في مَمَرِّ

الإنصاف

لا يجوزُ أنْ يَفْعَلَ ذلك في هَواءِ جارِه إلَّا بإذْنِه .

قوله : فإنْ صالَحَ عن ذلك بعوض ، جاز ، في أحدِ الوَّجْهَين . وهو المذهبُ . قال في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ : ويصِحُّ صُلْحُه عن مَعْلُومِه بعِوَضٍ في الأصحِّ . وصحَّحه في ﴿ التَّصْحيح ِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايتَيْن ﴾ ، و ﴿ الحاوِيْن ﴾ . واختارَه أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وجزَم به في ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الوَجيزِ ﴾ ، و ﴿ المُنَوِّرِ ﴾ ، وغيرِهم . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْح ِ » ، وغيرِهما . والوَجْهُ الثَّاني ،

⁽١) في الأصل : ﴿ ليستقى ﴾ .

المنه وَإِذَا كَانَ ظَهْرُ دَارِهِ فِي دَرْبِ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِيهِ بَابًا لِغَيْر الِاسْتِطْرَاقِ ، جَازَ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَجُوزَ .

الشرح الكبير النَّاس بحيث يُخافُ سُقُوطُ إنْسانٍ فيها أو دابَّةٍ ، أو يُضَيِّقُ عليهم مَمَرَّهم ، لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّ ضَرَرَهَا أَكْثَرُ مِن نَفْعِها(') . وإن حَفَرَهَا في زاوِيةٍ مِن طَرِيقٍ واسِعٍ ، وجَعَل عليها ما يَمْنَعُ الوُقُوعَ فيها ، جاز ؛ لأنَّ ذلك نَفْعٌ ٣٠ بلا ضَرَرٍ ، فجاز ، كتَمْهِيدِها وبناءِ رَصِيفٍ فيها . فأمّا " فِعْلُه في دَرْب غير نافِذٍ ، فلا يَجُوزُ بغيرِ إِذْنِ أَهْلِه ؛ لأَنَّ هذا مِلْكٌ لقَوْمٍ مُعَيَّنِين ، فلم يَجُزْ فِعْلُ ذلك بغيرِ إِذْنِهم ، كَمَا لُو فَعَلَه في بُسْتانِ إِنْسانٍ . ولو صالَحَ أَهْلَ الدَّرْب عن ذلك بعِوَض ، جاز ، سَواءٌ حَفَرَها لنَفْسِه ليَنْزِلَ فيها ماءُ المَطَر عن دارِه ، أو ليَسْتَقِيَ منها ماءً لنَفْسِه ، أو حَفَرَها للسَّبِيلِ ونَفْع ِ الطَّرِيقِ . وكذلك إن فَعَل ذلك في مِلْكِ إِنْسَانٍ مُعَيَّنٍ.

[٤/٣/٤] ١٨٩٢ - مسألة : (وإذا كان ظَهْرُ داره في دَرْب غير نافذٍ ، فَفَتَحَ فيه بابًا لغيرِ الاسْتِطْراقِ ، جاز) لأنَّ له رَفْعَ جَمِيعِ حَالِطِه ، فَبَعْضُه أَوْلَى . قال ابنُ عَقِيلٍ : (ويَحْتَمِلُ أَن لا يَجُوزَ) لأنَّ

الإنصاف لايجوزُ . اخْتارَه القاضي ، وجزَم به في ﴿ نِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ ﴾ ، ورَدَّه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وأطْلَقهما في « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » .

قوله : وإنْ كانَ ظَهْرُ دارِه في دَرْبٍ غيرِ نافِلْدٍ ، ففتَح فيه بابًا لغيرِ الاسْتِطِّراقِ ،

⁽١) في الأصل: « منافعها » .

⁽٢) في الأصل ، م: « يقع » .

⁽٣) بعده في م : « ما » .

وَإِنْ فَتَحَهُ لِلاسْتِطْرَاقِ ، لَمْ يَجُزْ ، إِلَّا بِإِذْنِهِمْ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَإِنْ صَالَحَهُمْ ، جَازَ .

شَكْلَ البابِ مع تَقادُم العَهْدِ رُبُّما اسْتُدِلُّ به على حَقِّ الاسْتِطْراقِ ، فيَضُرُّ الشرح الكبير بأَهْلِ الدُّرْبِ ، بخِلافِ رَفْع ِ الحائِط ِ ؛ فَإِنَّه لا يَدُلُّ عَلَى شيءٍ .

> ١٨٩٣ - مسألة : (وإنْ فَتَحَه للاسْتِطْراقِ ، لم يَجُزْ إِلَّا بَادْنِهم) لأَنَّه ليس له(١) حَقٌّ في الدَّرْبِ الذي هو مِلْكُ غيرِه . وفيه وَجْهُ آخَرُ ، أَنَّه يَجُوزُ ؛ لأنَّ له رَفْعَ ('جَمِيع ِ حائِطِه') . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ الدَّرْبَ لا حَقَّ له فيه ، فلم يَجُزْ أَن يُجْعَلَ له فِيه حَقُّ اسْتِطْراقٍ (فإن صالَحَهم ، جاز) لأنَّ الحَقُّ لهم ، فأشَّبَهَ دُورَهم إذا صالَحَهم على شيءِ منها .

> فصل : وإن كان ظَهْرُ دارِه إلى زُقاقٍ نافِذٍ ، فَفَتَحَ في حائِطِه بابًا إليه ، جاز ؛ لأنَّه يَرْتَفِقُ بما لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ أَحَدٍ عليه . فإن قِيلَ : هذا فيه إضْرارٌ بأَهْلِ الدَّرْبِ ؛ لأنَّه يَجْعَلُه نافِذًا يَسْتَطْرِقُ إليه مِن الشَّارِعِ . قَلْنا : لا يَصِيرُ الدَّرْبُ نافِذًا ، وإنَّما تَصِيرُ دارُه نافِذَةً ، وليس لأَحَدِ اسْتِطْراقُ داره .

جازَ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحاب . ويَحْتَمِلُ أَنْ لايجوزَ إلَّا الإنصاف بإِذْنِهم ، وهو لابن ِ عَقِيل ٍ ، واخْتارَه بعضُ الأصحابِ .

> قوله : وإنْ فَتَحَه للاسْتِطْراقِ ، لم يَجُزْ ، إلَّا بإذْنِهم ، في أَحَدِ الوَجْهَين . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وصحَّحه في « التَّصْحيحِ ِ »وغيرِه .

⁽١) في م: (لهم) .

⁽۲ - ۲) في ر، ق، م: (جميعه) .

اللُّهُ ۚ وَلَوْ أَنَّ بَابَهُ فِي آخِرِ الدَّرْبِ ، مَلَكَ نَقْلَهُ إِلَى أُوَّلِهِ ، وَلَمْ يَمْلِكْ نَقْلَهُ إِلَى دَاخِلِ مِنْهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٩٤ – مسألة : (ولو كان بابُه في آخِرِ الدَّرْبِ ، مَلَك نَقْلَه إلى أُوَّلِه ، و لم يَمْلِكْ نَقْلَه إلى داخِل منه في أَحَدِ الوَجْهَيْن) لأنَّه إذا نَقَل بابَه إلى ما يَلِي بابَ الدَّرْبِ ، فقد تَرَكَ بعضَ حَقَّه . ومتى أراد رَدَّ بابِه إلى مَوْضِعِه الأوَّل ، كان له ؛ لأنَّ حَقَّه لم يَسْقُطْ . فأمَّا إن أراد نَقْلَ بابِه إلى تِلْقَاءِ صَدْرِ الزُّقاقِ ، لم يَكُنْ له ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه يُقَدِّمُ بابَه إلى موضِع ٍ لا اسْتِطْراقَ له فيه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّه يَجُوزُ ؛ لأَنَّه كان له أن يَجْعَلَ بابَه في أوَّلِ البِناءِ في أيِّ مَوْضِعٍ شاء ، فتَرْكُه في مَوْضِعٍ لا يُسْقِطُ حَقَّه ، كَمَا أَنَّ تَحْوِيلُه بعدَ فَتْحِه لا يُسْقِطُه ، ولأنَّ له أن يَرْفَعَ حائِطَه كلَّه ، فلم

الإنصاف وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « الفُروعِ ·» ، وغيرِهم . قال فى « الفائقِ » : لم يَجُزْ ف أَصحِّ الوَجْهَين . والوَجْهُ الثَّاني ، يجوزُ بغيرِ إِذْنِهم .

قوله : ولو أنَّ بابَه في آخِرِ الدَّرْبِ ، ملَك نَقْلَه إلى أُوَّلِهِ . يعْنِي ، إذا لم يَحْصُلْ ضَرَرٌ (امِن فَتْحِه مُحاذِيًا لبابِ غيرِه ونحوِه الله ، وهو المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ. وجزَم به في « المُغنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقال في « التَّرْغِيبِ » : وقيل : لايجوزُ مُحاذِيًا لبابِ غيرِه . (' فظاهِرُه أنَّه قدَّم الجَوازَ مُطْلَقًا . وهو ضَعِيفٌ' . .

⁽۱ - ۱) زیادة من : ۱ .

يُمْنَعْ مِن رَفْع ِ بعضِه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأَنَّه لا يَلْزَمُ مِن جَوازِ رَفْع ِ الحائِط ِ الشرح الكبير جَوازُ الاسْتِطْراقِ ، كالمسألةِ التي قبلَها .

> فصل : فإن كان في الدُّرْب بابانِ لرَجُلَيْن ؟ أَحَدُهما قَريبٌ مِن باب الزُّقاقِ ، والآخَرُ في داخِلِه ، فأراد صاحِبُ الدَّاخِل أن يُحَوِّلَ بابَه ، فله تَحْويلُه حيثُ شاء ؟ لأنَّه لا مُنازعَ له فيما يُجاوزُ البابَ الأوَّلَ ، إذا قُلْنا : إِنَّ صَاحِبَ القَرِيبِ ليس له أَن يُقَدِّمُه إِلَى دَاخِلِ الدَّرْبِ. وإِن قُلْنا: له تَقْدِيمُه . جاز لكلِّ واحِدٍ منهما . فإن كان في داخِلِ الدَّرْبِ بابُّ لثالِثٍ ، فحُكْمُ الأوْسَطِ حُكْمُ الأَوَّلِ فيما ذَكَرْناه .

قوله: ولم يَمْلِكُ نَقْلُه إلى داخِل منه، في أحدِ الوَّجْهَين. وهو المذهبُ، نصَّ الإنصاف عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَب » ، و ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الوَجيزِ ﴾ ، وغيرهم . وقدُّمه في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْح ِ » ، و « الفُّروع ِ » ، و « شَرْح ِ ابن ِ رَزِين ۗ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّاني ، يجوزُ . قال في ﴿ الحاوِي الكَبِيرِ » : اخْتارَه صاحِبُ « المُغْنِي » ، لكِنْ لايَفْتَحُه قُبالَةَ بابِ غيرِه . نصَّ عليه . وقال ابنُ أبِي مُوسى : يجوزُ ، إِنْ سَدَّ البابَ الأوَّلَ . وهو ظاهِرُ نَقْلِ يَعْقُوبَ .

تبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يأذن له مَن فوقه . فأمَّا إنْ أَذِنُوا ، ارْتفعَ الخِلافُ . على الصَّحيح ِ . وقيل : لأبُدَّ أيضًا مِن إذنِ مَن هو أَسْفَلُ منه . وهو بعيدٌ . وحيثُ قُلْنا بالإذْنِ ، وأذِنُوا ، فيكُونُ إعارَةً . قال في « الفُروع ِ » : ويكونَ إعارَةً في الأَشْبَهِ . وكذا قال قبلَه في ﴿ الرِّعايَةِ الكُّبْرَى ﴾ .

فصل : إذا كان لرجل دارانِ مُتَلاصِقَتان ، ظَهْرُ كلِّ واحِدة منهما إلى ظَهْرِ الأُخْرَى ، وبابُ كلِّ واحِدة منهما إلى دَرْبِ غيرِ نافِذ ، فرَفَع الحاجِز بينهما وجَعَلهما دارًا واحِدة ، جاز ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ في مِلْكِه المُخْتَصِّ بينهما وجَعَلهما دارًا واحِدة ، جاز ؛ لأنَّه تَصَرَّف في مِلْكِه المُخْتَصِّ به (۱) . وإن فَتَحِ مِن كلِّ واحِدة منهما إلى كلا [؛ / ؛ هو] الدَّرْبَيْن ، فقال القاضى : التَّطَرُّق مِن كلِّ واحِدة منهما إلى كلا [؛ / ؛ هو] الدَّرْبَيْن ، فقال القاضى : لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ ذلك يُشِبِتُ الاسْتِطْراق في الدَّرْبِ الذي لا يَنْفُذُ مِن دارٍ لم يكُنْ لها فيه طَرِيق ، ولأنَّه رُبَّما أدَّى إلى إثباتِ الشَّفْعة في قولِ مَن يُثبِتُها بالطَّرِيقِ لكلِّ واحِدة مِن الدَّارَيْن في زُقاقِ الأُخْرَى . ويَحْتَمِلُ جَوازُ ذلك ؛ بالطَّرِيقِ لكلِّ واحِدة مِن الدَّارَيْن في زُقاقِ الأُخْرَى . ويَحْتَمِلُ جَوازُ ذلك ؛ لأنَّ له رَفْع الحاجِزِ جَميعِه ، فبَعْضُه أوْلَى . قال شيخُنا (۱) : وهذا أشْبَهُ ، لأنَّ له رَفْع الحاجِز جَميعِه ، فبَعْضُه أوْلَى . قال شيخُنا (١) : وهذا أشْبَهُ ، وما ذَكَرْناه للمَنْع مِ يَنْتَقِضُ بِمَا إذا رَفَع الحائِط جَمِيعَه . وفي كلِّ مَوْضِع وما ذَكَرْناه للمَنْع مِ يَنْتَقِضُ بِما إذا رَفَع الحائِط جَمِيعَه . وفي كلِّ مَوْضِع أَلْنا : ليس له فِعْلُه . إذا صالَحَه أَهْلُ الدَّرْبِ ، جاز ، وكذلك إن أَذِنوا له بغيرِ عِوض . .

الإنصاف

فوائد ؛ إحداها ، لو كان لرَجُل داران ؛ ظَهْرُ كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى ظَهْرِ الْأُحْرَى ، وبابُ كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى دَرْبِ غيرِ نافِذٍ ، فرفَع الحاجِز بينهما ، الأُحْرَى ، وبابُ كلِّ واحِدَةً منهما بابًا إلى الأُحْرَى ؛ وجعَلَهما دارًا واحدةً ، جاز . وإنْ فتَح مِن كلِّ واحِدَةٍ منهما بابًا إلى الأُحْرَى ؛ ليَجوزُ . ليَتمكَّنَ مِنَ التَّطَرُّقِ مِن كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى كلا الدَّارِيْن ، فقال القاضى : لا يَجوزُ . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِين في « شَرْحِه » . قال في « الرِّعايَةِ

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في م: ﴿ إِلَى ١٠.

⁽٣) في : المغنى ١/٧ه .

فصل : إذا تنازَعَ صاحِبا (البابَيْن في الدَّرْب ، و لم يَكُنْ فِيه بابِّ الشرح الكبير لغير هما ، ففيه ثَلاثةُ أُوجُهِ ؛ أحَدُها ، أنَّه يُحْكَمُ بالدَّرْب مِن أُوَّلِه إلى الباب الذي يَلِيه بينَهما ؛ لأنَّ لهما الاسْتِطْراقَ فيه جَمِيعًا ، وما بعدَه إلى صَدْر الدَّرْبِ للآخَرِ ؛ لأنَّ الاسْتِطْراقَ في ذلك له وَحْدَه ، فله اليَدُ والتَّصَرُّفُ . والثَّانِي ، أنَّ مِن أوَّلِه إلى أُقْصَى حائِطِ الأوَّل بينَهما ؛ لأنَّ ما يُقابِلُ ذلك لهما التَّصَرُّفُ فيه ، بِناءً على أنَّ للأوَّلِ أن يَفْتَحَ بابَه فيما شاء مِن حائِطِه ، والباقِي للثَّانِي ؛ لأنَّه ليس بفِناءِ للأوَّل ، ولا له فيه اسْتِطْراقٌ . والثَّالِثُ ، يَكُونَ بينَهما ؛ لأنَّ لهم يَدًا وتَصَرُّفًا . وهكذا الحُكْمُ فيما إذا كان لرجل عُلْوُ خانٍ ، ولآخَرَ سُفْلُه ، ولصاحِب العُلْو دَرَجةٌ في أثناء صَحْن الخانِ ، فَاخْتَلَفَا فِي الصَّحْنِ ، فالذي مِن الدَّرَجَةِ إلى بابِ الخانِ بينَهما ، وما

الإنصاف

الكُبْرَى » : لم يَجُزْ في الأصحِّ . قال في « الصُّغْرَى » : جازَ في وَجْهٍ . وقيل : يجوزُ . قال المُصَنِّفُ : والأُشْبَهُ الجَوازُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال في « النَّظْمِ » : وهو الأَقْوَى . وجزَم به في « المُنَوِّرِ » . وأَطْلَقَهما في « التَّلْخيصِ ِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِينْن » . الثَّانيةُ ، الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الجارَ يُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِه بما يَضُرُّ بجاره ؛ كحَفْر كَنِيفٍ إلى جَنْب حائطِ جاره ، وبناء حَمَّامٍ إلى جَنْبِ دارِه ، يَتَأَذَّى بذلك ، ونَصْبِ تَنُّورٍ يَتَأَذَّى باسْتِدامَةِ دُخانِه ، وعمَل دُكَّانِ قِصارَةٍ وحِدادَةٍ ، يَتَأَذَّى بكَثْرَةِ دَقِّه ، أو رَحًى ، أو حَفْر بِئْر ينْقَطِعُ به ماءُ بِنُرِ جارِه ، $^{(1)}$ ونحو ذلك . وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به ف $^{(1)}$

⁽١) في الأصل، ر١، ر، ق: ٩ صاحب ١.

⁽٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

(وراءَ ذلك) إلى صَدْرِ الخانِ على الوَجْهَيْنِ . فإن كانتِ الدَّرَجةُ في صَدْرِ الصَّحْنِ ، فالصَّحْنِ ، فالصَّدْر ابينَهما ؛ لوُجُودِ اليَدِ والتَّصَرُّ فِ منهما جَمِيعًا . فعلى الوَجْهِ الذي يَقُولُ : إنَّ صَدْرَ الدَّرْبِ مُخْتَصُّ بصاحِبِ البابِ الصَّدْر انِيِ . له أن يَسْتَبِدَّ بما يَخْتَصُّ به منه ، بأن يَجْعَلَه دِهْلِيزًا لنَفْسِه ، أو يُدْخِلَه في دارِه على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بجارِه . ولا يَضَعُ على حائِطِه شيئًا ؛ لأنَّ ذلك مِلْكُ له يَنْفَرِدُ به .

الإنصاف

(اللهُ حَرَّرِ) وغيرِه. وقدَّمه في (المُغنِي)، و (الشَّرْحِ)، و (الرِّعايتَيْنَ)، و (المُعنِيْنَ)، و (اللهِ عَلَيْهِ مَاءُ وَلَيْ اللهُ وعِرِهِم . فإنْ حَفَر بِعْرًا في مِلْكِه ، فانقَطَعَ ماءُ بِغْرِ جارِه ') ، أُمِرَ بسَدِّها ؛ ليَعُودَ ماءُ البِعْرِ الأُوَّلَةِ . على الصَّحيحِ . فإنْ لم يَعُدْ ، كُلُّفَ صاحِبُ البِعْرِ الأوَّلَةِ حَفْرَ البِعْرِ التي سُدَّتْ لأَجْلِه مِن مالِه . وعنه ، لا يُكلَّفُ سدَّ بِعْرِه ، ولو انقطعَ ماءُ بِعْرِ جارِه . قال القاضي : فيُخرَّ جُن المَسائل التي قبلَها ؛ مِن الحَمَّامِ ، والتَّنُّورِ ، ودُكَّانِ القِصارَةِ ، والحِدادَةِ ، ونحوِها ، رِوايَتان . قال المَواتِ : يُمْنَعُ مِن ذلك . ثم قال : وفيه رِوايَةٌ أُخرَى ، لا يُمْنَعُ و المَرارِو) مِن المَواتِ : يُمْنَعُ مِن ذلك . ثم قال : وفيه رِوايَةٌ أُخرَى ، لا يُمْنَعُ و المَرارِو) مِن ذلك . اختارَه أبو بَكْرٍ ، ذكرَه أبو إسْحاق في « تَعاليقِه » عنه . وأطلَقَ الرِّوايتَيْن في الجَميع في « الفائقِ » . الظَّالثَةُ ، لو إدَّعَي أنَّ بِغْرَه فسَدَتْ مِن خَلاءِ جارِه ، أو في الجَميع في (الفائقِ » . الظَّالثَةُ ، لو إدَّعَي أنَّ بِغْرَه فسَدَتْ مِن خَلاءِ جارِه ، أو في الجَميع في (الفائقِ » . الظَّالثَةُ ، لو إدَّعَي أنَّ بِغْرَه فسَدَتْ مِن خَلاءِ جارِه ، أو في البَعْرِ ذلك . وإنْ ظهر طَعْمُه أو رائِحتُه فيها ، كُلُفُ صاحِبُ في البَعْرِ ذلك ، إنْ لم يُشْهَرُ طَعْمُ النَّفُطِ ولا رائِحَتُه فيها ، كُلِّفَ صاحِبُ الخَلاءِ والبالُوعَةِ نِقْطٌ ؛ فإنْ لم يَظْهُرُ طَعْمُ النَّفُطِ ولا رائِحَتُه فيها ، كُلِّفَ صاحِبُ الخَلاءِ والبالُوعَةِ نِقْلَ ذلك ، إنْ لم يُمْكِنْ إصْلاحُها . هذا إذا كانتِ البِعْرُ أَقْدَمَ منهما .

⁽١ - ١) في م : (زاد على ذلك) .

⁽٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

وَلَيْسَ [١١٥٥ عَلَمُ أَنْ يَفْتَحَ فِي حَائِطِ جَارِهِ ، وَلَا فِي الْحَائِطِ اللَّهِ اللَّهِ اللَّهِ اللَّه الْمُشْتَرَكِ رَوْزَنَةً وَلَا طَاقًا ، إِلَّا بإِذْنِ صَاحِبِه .

١٨٩٥ – مسألة : (وليس له أن يَفْتَحَ في حائِطِ جارِه ، ولا الحائِطِ الشرح الكبير المُشتَرَكِ رَوْزَنةً (١) ولا طاقًا بغيرِ إذْنِ صاحِبِه) لأنَّ ذلك انْتِفاعٌ بمِلْكِ

وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، لاَيْلْزَمُ مالِكَ الخَلاءِ والبالوعَةِ تَغْيِيرُ ما عَمِلَه في مِلْكِه بحالٍ . الإنصاف قالَه في « الحاوِيَيْن » وغيرِه . الرَّابعةُ ، ليس له مَنْعُه مِن تَعْلِيَةِ دارِه ، في ظاهِرٍ ما ذكرَه المُصَنِّفُ في « المُغْنِي » ، ولو أَفْضَى إلى سَدِّ الفَضاءِ عن جارِه . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال في « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ مِن قَوْلِ أَحمدَ : لاضَرَرَ ولا ضِرارَ . مَنْعُه . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ليس له مَنْعُه ؛ خَوْفًا مِن نَقْصِ أَجْرَةِ مِلْكِه ، بلا نِزاعٍ . وقد قال في « الفُنُونِ » : مَن أَحْدَثَ في دارِه دِباغَ الجُلودِ ، أُو عَمَلَ الصَّحْناةِ (٢) ، يَحْتَمِلُ المَنْعَ . وقال ابنُ عَقِيلٍ أَيضًا : لا يجوزُ أَنْ يُحْدِثَ في مِلْكِه قَنَاةً تَيَزُّ إلى حِيطَانِ النَّاسِ .

قوله: وليس له أَنْ يَفْتَحَ فَ حَائَطِ جَارِه ، ولا الحَائَطِ المُشْتَرَكِ رَوْزَنَةً ، ولا طَاقًا ، إلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِه . يَحْرُمُ عليه التَّصَرُّفُ فَى ذلك حتى بضَرْبِ وَتَدِ ، ولا يُحْدِثُ طَاقًا ، إلَّا بإِذْنِ صَاحِبِه . يَحْرُمُ عليه التَّصَرُّفُ فَى ذلك حتى بضَرْب وَتَدِ ، ولا يُحْدِثُ سُتْرَةً . قال في « الفُروعِ »: ذكرَه جماعة . وحمَل القاضي قَوْلَ أَحمد : يَلْزَمُ الشَّرِيكَ النَّفَقَةُ مع شَرِيكِه على السُّتْرَةِ . على سُتْرَةٍ قَديمة انهدَمَتْ . واختارَ في « المُسْتَوْعِب » وُجوبَها مُطْلَقًا على نصّه ، فقال : وعندي ، أَنَّ السُّتْرَةَ واجِبَةً على كلِّ حالِ ، على ما نصَّ عليه مِن وُجوبها .

⁽١) الروزنة : الكوة النافذة .

⁽٢) إدام يتخذ من السمك الصغار .

الله وَلَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشَبهِ عَلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ ، بأَنْ لَا يُمْكِنَهُ التَّسْقِيفُ إِلَّا بِهِ .

الشرح الكبير غيره وتَصَرُّفٌ فيه بما (ا يَضُرُّ به ١) . وكذلك لا يَجُوزُ أَن يَغرِزَ فيه وَتِدًا ، ولا يُحْدِثَ عليه حائِطًا ولا سُتْرَةً ، ولا يَتَصَرَّفَ فيه نَوْعَ تَصَرُّفٍ ؛ لأنَّه يَضُرُّ بحائِطِ غيرِه ، فهو كنَقْضِه . وإن صالَحَه عن(٢) ذلك بعِوَض ، جاز . فأمَّا الاسْتِنادُ إليه وإسْنادُ شيءِ لا يَضُرُّه ، فلا بَأْسَ به ؛ لكَوْنِه لا مَضَرَّةَ فيه ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، أَشْبَهَ الاسْتِظْلالَ به .

١٨٩٦ - مسألة : (وليس له وَضْعُ خَشَبه عليه إلَّا عندَ الضَّرُورةِ ، بأن لا يُمْكِنَه التَّسْقِيفُ إِلَّا به) أمَّا وَضْعُ خَشَبِه عليه ، فلا يَجُوزُ إذا كان يَضُرُّ بِالْحَائِطِ ، لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لقَوْلِ النبيِّ عَلِيْكُ : [٩٤/٤ ع] : ﴿ لَا

فَائدة : يَلْزَمُ الأَعْلَى بناءُ سُتْرَةٍ تَمْنَعُ مُشارَفَةَ الأَسْفَل . على الصَّحيح مِنَ المذهب ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . ونقلَه ابنُ مَنْصُورٍ . وجزَم به في « المُغْنِي » ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِيْنِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايَةِ الصُّغْرَى ﴾ ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكَبْرَى » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : يُشارِكُه الأَسْفَلُ . وأمَّا إذا تَساوَيا ، فإنَّ المُمْتَنِعَ يُلْزَمُ بِالمُشارَكَةِ .

قوله : وليس له وَضْعُ خَشَبه عليه - يعْنِي ، على حائطِ جارِه ، أو الحائطِ المُشْتَرَكِ - إِلَّا عندَ الضَّرُورَةِ ، بأنْ لا يُمْكِنَه التَّسْقِيفُ إِلَّا به . إذا أرادَ أنْ يضَعَ

⁽۱ - ۱) في م: (يضره).

⁽٢) في م: وعلى ٥.

ضَرَرَ ولا ضِرَارَ (١) ». وإن كان لا يَضُرُّ به إلَّا أَنَّ به عنه غِنَى لإِمْكَانِ وَضِعِه على غيرِه ، فقال أَكْثَرُ أَصْحَابِنا : لا يَجُوزُ أيضًا . وهو قولُ الشافعيِّ ، وأبي ثَوْرٍ ؛ لأَنَّه انْتِفاعٌ بمِلْكِ غيرِه بغيرِ إِذْنِه مِن غيرِ ضَرُورَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كبِناءِ حَائِطٍ عليه . واختارَ ابنُ عَقِيل جَوازَه ؛ لِما روى أبو فلم يَجُزْ ، كبِناءِ حَائِطٍ عليه . واختارَ ابنُ عَقِيل جَوازَه ؛ لِما روى أبو هُرَيْرَةَ أَنَّ رسولَ اللهِ عَلَيْكُ قال : ﴿ لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُم جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَهُ عَلَى جِدَارِهِ » . مُتَّفَقٌ عليه (١) . ولأنَّ ما أبيحَ للحَاجَةِ العامَّةِ لم يُعْتَبَرْ فيه عَلَى جِدَارِهِ » . مُتَّفَقٌ عليه (١) . ولأنَّ ما أبيحَ للحَاجَةِ العامَّةِ لم يُعْتَبَرْ فيه حَقِيقَةُ الحَاجَةِ ، كالشَّفْعةِ ، والفَسْخِ بالخِيارِ أو بالعَيْبِ ، واتّخاذِ الكَلْبِ حَقِيقَةُ الحَاجَةِ السَّلَمِ ، ورُخَصِ السَّفَرِ ، وغيرِ ذلك . فأمّا إن دَعَتِ للصَّيْدِ ، وإباحَةِ السَّلَمِ ، ورُخَصِ السَّفَرِ ، وغيرِ ذلك . فأمّا إن دَعَتِ للطَّيْدِ ، وإباحَةِ السَّلَمِ ، ورُخَصِ السَّفَرِ ، وغيرِ ذلك . فأمّا إن دَعَتِ

الإنصاف

خشَبَه على جِدارِ جارِه ، أوِ الجِدارِ المُشْتَرَكِ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يَتَضَرَّرَ الحائطُ اللهُ بَذَك ، أو لا ؛ فإنْ تَضَرَّرَ بذلك ، مُنِعَ . بلا نِزاعٍ . وإنْ لم يَتَضَرَّرْ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يكونَ صاحِبُ الخَشَبِ مُسْتَغْنِيًا عن ذلك ؛ لإمْكانِه وَضْعُه على غيرِه ، أو لا ؛ فإنْ كان مُسْتَغْنِيًا عن وَضْعِه ، وأرادَ وَضْعَه عليه ، مُنِعَ منه . على الصَّحيحِ مِنَ المُصَيِّفُ ، والشَّارِحُ : عليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه مِنَ المُذهبِ ، نصَّ عليه . قال المُصَيِّفُ ، والشَّارِحُ : عليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه

⁽۱) في ر، ق: « إضرار ».

والحديث تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

⁽٢) أخرجه البخارى ، في : باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره ، من كتاب المظالم ، وفي : باب الشرب من فم السقاء ، من كتاب الأشربة . صحيح البخاري ٣ / ١٧٠ / ١٤٥ . ومسلم ، في : باب غرز الخشب في جدار الجار ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٠ .

كا أخرجه أبو داود ، فى : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٨٣ . والترمذى ، فى : باب فى الرجل يضع على حائط خشبا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٣ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٤٠ ، ٢٧٤ .

الشرح الكبير الحاجَةُ إلى وَضْعِه على جدار جاره ، أو الحائِطِ المُشْتَرَكِ ، بحيث لا يُمْكِنُه التَّسْقِيفُ إِلَّا به ، فإنَّه يَجُوزُ وَضْعُه بغيرِ إِذْنِ الشَّرِيكِ . وهو قولَ الشافعيِّ (١) القَدِيمُ . وقال في الجَدِيدِ : ليس له وَضْعُه . وهو قولَ أبي حنيفةَ ، ومالكِ(١) ؛ لأنَّه انْتِفاعٌ بمِلْكِ غيرِه مِن غيرِ ضَرُورَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كزراعَتِه . ولَنا ، الخَبَرُ ، ولأنَّه انْتِفاعٌ بحائِطِ جارِه على وَجْهِ لا يَضُرُّ به ، أَشْبَهَ الاسْتِنادَ إليه والاسْتِظْلالَ به . ويُفارِقُ الزَّرْعَ ، فإنَّه يَضُرُّ ، ولم تَدْعُ إليه حاجَةٌ . إذا تُبَت هذا ، فاشْتَرَطَ القاضي وأبو الخَطَّابِ للجَوازِ

الإنصاف في « الفُروع ِ » . وصحَّحه في « الرِّعايَة ِ » وغيرِها . وجزَم به في « الهِدايَة ِ » ، و « المُذْهَب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الوَجيز » ، وغيرِهم . وقال ابنُ عَقِيلِ : يجوزُ . وأَطْلَقَ أَحمدُ الجَوازَ ، وكذا صاحِبُ « المُحَرَّرِ »وغيرُه . وإنْ لم يكُنْ مُسْتَغْنِيًا ،ودَعَتِ الضَّرُورَةُ إلى ذلك عندَ الأكثرِ – وفي ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، ودَعَتِ الحاجَةُ إلى ذلك – فالصَّحيحُ مِنَ المذهب ، له وَضْعُه عليه . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحاب ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . فعلى هذا ، لايجوزُ لرَبِّ الجدار مَنْعُه ، وإنْ منَعَه ، أَجْبَرَه الحاكِمُ . وقد نصَّ الإِمامُ أحمدُ على عدَم ِ اعْتِبارِ إِذْنِه في الوَضْع ِ ، ولو صالَحَه عنه بشيءٍ ، جازَ . قال في « الرِّعايَةِ » : جازَ في الأصحِّ . انتهي . وقيل : لايجوزُ له وَضْعُه بغيرِ إِذْنِه . وخرَّجَه أَبُو الخَطَّابِ مِن رِوايَةِ المَنْع ِ مِن وَضْعِه على جِدارِ المَسْجِدِ . وهو قَوْلُ المُصَنِّفِ . وهذا تَنْبيةٌ على أنَّه لايَضَعُه على جِدارِ جارِه ؛ لأنَّ

⁽١) بعده في م : ﴿ في ﴾ .

⁽٢) زيادة من : م .

المقنع

الشرح الكبير

أن يكونَ له حائِطٌ واحِدٌ ولجاره ثَلاثَةُ حَوائِطَ . وليس هذا في كلام أحمدَ ، إنَّما قال ، في رِوَايةِ أبي داودَ : لا يَمْنَعُه إذا لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ ، وكان الحائِطُ يَبْقَى . ولأنَّه قد يَمْتَنِعُ التَّسْقِيفُ على حائِطَيْن إذا كانا غيرَ مُتَقابِلَيْن ، أو كَانَ البيتُ واسعًا يَحْتاجُ إِلى(١) أَن يَجْعَلَ فيه(٢) جَسْرًا ثم يَضَعَ الخَشَبَ على ذلك الجسْر . قال شيخُنا(٢) : والأولَى اعْتِبارُه بما ذَكَرْنا مِن امْتِنا عِ التَّسْقِيفِ بدُونِه . ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنا بينَ البالِغِ واليَتِيمِ ، والعاقِلِ والمَجْنُونِ ؛ لِما ذَكَرْنا .

له في المَسْجِدِ حَقًّا ، وحقُّ اللهِ مَبْنِيٌّ على المُساهَلَةِ . وكذا قال في « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاويين » .

فائدة : ذَكَر أَكثرُ الأصحاب الضَّرُورَةَ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ للجارِ ثَلاثَةُ جُدُرٍ ، وله جدارٌ واحدٌ (٤) ؛ منهم القاضي ، وابنُ عَقِيل . وجزَم به في « المُسْتَوْعِب » ، و « الرِّعايَةِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ : وليس هذا في كلام أحمدَ ، إنَّما قال في رِوايَةِ أَبِي داودَ : لا يَمْنَعُهُ إذا لم يَكُنْ ضَرَرٌ ، وكان الحائطُ يَبْقَى . ولأنَّه قد يَمْتَنِعُ التَّسْقِيفُ على حائطَين ، إذا كانا غيرَ مُتَقابلَين ، أو كان البّيثُ واسِعًا يَحْتاجُ أَنْ يجْعلَ فيه جِسْرًا ، ثم يضَعَ الخَشَبَ على ذلك الجِسْرِ . قال المُصَنَّفُ : والأَوْلَى اعْتِبارُه بما ذكَرْنا ، مِن امْتِناعِ التَّسْقيفِ بدُونِه . ولا فَرْقَ [١٣٢/٢] فيما ذكَرْنا بينَ البالِغ ِ واليَتِيمِ والعاقلِ والمَجْنُونِ .

⁽١) سقط من : الأصل ، ر ١ .

⁽٢) في م : (عليه) .

⁽٣) في : المغنى ٣٦/٧ .

⁽٤) في ط: (أوجد) .

الله وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشَبِهِ عَلَى جِدَارِ الْمَسْجِدِ . وَهَذَا تَنْبِيةٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضَعُ عَلَى جِدَارِ جَارِهِ .

الشرح الكبير

١٨٩٧ – مسألة : (وعنه ، ليس له وَضْعُ خَشَبه على جِدارِ المَسْجِدِ . وهذا تَنْبِيةٌ على أنَّه لا يَضَعُه على جدارِ جارِه) اخْتَلَفتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ في وَضْع ِ خَشَبِه على جِدارِ المَسْجِدِ مع وُجُودِ الشُّرْطَيْن ، فعنه ، الجَوازُ ؛ لأنَّه إذا جاز وَضْعُه في مِلْكِ الجارِ مع أنَّ حَقَّه مَبْنِيٌّ على الشَّحِّ والضِّيقِ ، ففي حُقُوقِ اللهِ تعالى المَبْنِيَّةِ على المُسامَحَةِ أُوْلَى . وعنه ، لا يَجُوزُ . نَقَلَها عنه أبو طالِب ؛ لأنَّ القِياسَ يَقْتَضِي المَنْعَ في حَقِّ الكلِّ ، تُرِكُ في حَقِّ الجارِ للخَبَرِ الوارِدِ فيه ، فوَجَبَ البَقاءُ في غيرِه على مُقْتَضَى القِياسِ . اخْتارَه أبو بكرٍ . وخَرَّجَ أبو الخَطَّابِ مِن هذه الرِّوايةِ وَجْهًا للمَنْعِ مِن وَضْعِ الخَشَبِ في مِلْكِ الجارِ ؟ لأنَّه إذا مُنِع مِن وَضْعِ الخَشَب في الجِدارِ المُشْتَرَكِ بينَ المسلمين وللواضِع ِ فيه حَقٌّ ، فَلَأَن يُمْنَعَ من المِلْكِ المُخْتَصِّ بُغيرِه [١/ ٩٥٠] أَوْلَى . ولأنَّه إذا مُنِع في حَقِّ الله ِتعالى مع أنَّه مَبْنِيٌّ

تنبيه : ظاهِرُ قَوْلِه : وعنه ، ليس له وَضْعُ خَشَبِه على جِدارِ المَسْجِدِ . ﴿ أَنَّ المُقَدَّمَ جَوازُ ١١ وَضْعِه عليه ، وهو ظاهِرُ ماقدَّمه في « الحاويْس » ، وهو إحْدَى الرِّوايَتَيْن أَوِ الوَجْهَين . وهو المذهبُ عندَ ابن ِ مُنجَّى في « شَرْحِه » . وجزَم به في « المُنَوِّرِ » . وهو احْتِمالٌ في « المُذْهَبِ » . والرِّوايَةُ الأُخْرَى ، ليس له وَضْعُه على جِدارِ المَسْجِدِ ، وإنْ جازَ وَضْعُه على جِدارِ غيرِه . وهي التي ذكَرَها المُصَنُّفُ هنا . واخْتَارَهاأَبُو بَكْرٍ ، وأبو محمدٍ الجَوْزِيُّ . وصحَّحه في « الرِّعايتَيْن » . وجزَم

⁽١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

على المُسامَحَة ؛ لغِنَى الله تعالى وكَرَمِه ، فَلأن يُمْنَعَ في حَقِّ الآدَمِيِّ مع الشرح الكبير شُحِّه وضِيقِه أُوْلَى . والمَذْهَبُ الأُوَّلُ . فإن قِيلَ : فلِمَ لا تُجيزُون فَتْحَ الطَّاقِ والبابِ في الحائِطِ ، قِياسًا على وَضْع ِ الخَشَبِ ؟ قُلْنا : الخَشَبُ يُمْسِكُ الحائِطَ ويَنْفَعُه ، بخِلافِ الطَّاقِ والباب ، فإنَّه يُضْعِفُ الحائِط ؟ لأَنُّه(') يَيْقَى مَفْتُوحًا ، والذي يَفْتَحُه للخَشَبةِ يَسُدُّه بها ، ولأنَّ وَضْعَ الخَشَب تَدْعُو إليه الحاجَةُ ، بخِلافِ(١) غيره .

به في « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه في « المُذْهَب » . وأطْلَقهما في « التَّلْخيصِ » ، الإنصاف و « الشُّــرْحِ » ، و « المُحَــرَّر » ، و « الفُــروع ِ » ، و « الفائـــق ِ » ، و « الكافي ».

> **فوائد** ؛ إحْداها ، لو كان له حقُّ ماءِ يَجْرى على سَطْح ِ جارِه ، لم يَجُزْ له تَعْلِيَةُ سَطِّحِه ليَمْنَعَ الماءَ . ذكرَه ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه . وليس له تَعْلِيتُه لكَثْرَةِ ضَرَره . الثَّانيةُ ، يجوزُ له الاسْتِنادُ إلى حائطِ جاره وإسْنادُ قُماشِه إليه . وذكّر في « النّهايَةِ » في مَنْعِه احْتِمالَين . وله الجُلُوسُ (٣) في ظِلُّه ، ونظَرُه في ضَوْء سِراجه . ونقَل المَرُّوذِيُّ ، يَسْتَأْذِنُه ، أَعْجَبُ إِلَّى ، فإنْ منَعَه ، حاكَمَه . ونقَل جَعْفَرٌ ، قيلَ له : أَيضَعُه ، ولا يَسْتَأْذِنُه ؟ قال : نعم ، أيش ِ يَسْتَأْذِنُه ؟ قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّين : العَيْنُ والمَنْفَعَةُ التي لا قِيمَةَ لها عادةً ، لايصِحُّ أنْ يرد عليها عقد بَيْع وإجارَة اتِّفاقًا ، كمَسْأَلَتِنا . النَّالثةُ ، لو ملَك وَضْعَ خَشَبِه على حائطٍ ، فزالَ بسُقوطِه ، أو قَلْعِه ، أو سُقوطِ

⁽١) في الأصل: و لا ه.

⁽٢) في م : و دون ۽ .

⁽٣) في ط: ﴿ الحلول ﴾ .

فصل: ومَن مَلَك وَضْعَ خَشَبِه على حائِطٍ ، فزال لسُقُوطِه ، أو مُقوطِ الحائِطِ ، ثم أُعِيدَ ، فله إعادَةُ خَشَبِه ؛ لأنَّ السَّبَ ، مثلَ المُجَوِّزَ لوَضْعِه مُسْتَمِرٌ ، فاسْتَمَرَّ الاسْتِحقاقُ . وإن زال السَّبَ ، مثلَ أن حشِى على الحائِطِ مِن وَضْعِه عليه ، أو اسْتَغْنَى عن وَضْعِه ، لم تَجُزْ إعادَتُه ؛ لزَوال السَّبَ المُبيح . فإن حِيفَ سُقُوطُ الحائِط بعدَ وَضْعِه عليه ، لزَم إزالته ؛ لأنَّه يَضُرُّ بالمالِكِ . وإن لم يُحَفْ عليه ، لكن اسْتُغْنِى عن إبْقائِه عليه ، لم تَلْزَمْه إزالتُه ؛ لأنَّ في إزالتِه ضَرَرًا بصاحِبِه ، ولا ضَرَر على صاحِب الحائِط في إبْقائِه ، بخِلاف ما لو خَشِي سُقُوطَه .

الإنصاف

الحائط ، ثم أُعِيد ، فله إعادة خَشَبِه ، إنْ حصَل له صَرَرٌ بَتَرْكِه ، ولم يُخْشَ على الحائط مِن وَضْعِه عليه ، وإنْ خِيفَ سُقوطُ الحائط بعد وَضْعِه عليه ، لَزِمَ إِذَالتُه . الرَّابِعة ، لو كانَ له وَضْعُ خَشَبِه على جِدارِ غيرِه ، لم يَمْلِكُ إجارته ، ولا إعارته ، ولا إعارته ، ولا يَمْلِكُ أَيضًا بَيْعَه ، ولا المُصالَحة عنه للمالِك ولا لغيرِه . ولو أراد صاحِبُ الحائط إعارته أو إجارته ، على وَجْه يَمْنَعُ هذا المُسْتَحِقَّ مِن وَضْع خَشَبِه ، لم يَمْلِكُ ذلك . الحامسة ، لو فيعايى بها . ولو أراد هَدْمَ الحائط مِن غيرِ حاجَة ، لم يَمْلِكُ ذلك . الحامسة ، لو فيعايى بها . ولو أراد هَدْمَ الحائط مِن غيرِ حاجَة ، لم يَمْلِكُ ذلك . الحامسة ، لو فَضْع سُتْرَةٍ عليه ، أو وَضْع سُتْرَةٍ عليه ، أو وَضْع بُ سُتَرةٍ عليه ، أو وَضْع بُ سُتَرةٍ عليه ، أو وَضْع بُ حَشَبِه عليه في المَوْضِع الذي يَسْتَحِقُّ وَضْعُه ، جاز ، وصارت عاريَّة لازِمَة ، يأتِي خَشَبِه عليه في المَوْضِع الذي يَسْتَحِقُّ وَضْعُه ، جاز ، وصارت عاريَّة لازِمَة ، يأتِي حُكْمُها في باب العاريَّة . وإنْ أذِنَ في ذلك بأُجْرَةٍ ، جاز . سواءً كانت إجارة أو صُلْحًا ، على وَضْعِه على التَّأْبِيدِ ، ومتى زالَ فله إعادَتُه (٢) . ويُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ البناء صُلْحًا ، على وَضْعِه على التَّأْبِيدِ ، ومتى زالَ فله إعادَتُه (٢) . ويُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ البناء

⁽١) في الأصل : ﴿ فعله ﴾ .

⁽٢) في ط: ﴿ إَعَارِتُه ﴾ .

فصل : وإذا كان له وَضْعُ خَشَبه على جدار غيره ، لم يَمْلِكْ إجارَتُه الشرح الكبير ولاإعارَتُه ؛لأنَّه إنَّما مَلَك ذلْك لحاجَتِه الماسَّةِ إلى وَضْع ِ خَشَبِه ، ولا حاجَةً له(١) إلى وَضْع ِ خَشَب غيره ، فلم يَمْلِكُه . وكذلك لا يَمْلِكُ بَيْعَ حَقُّه مَن وَضَعَ خَشَبَه ، ولا المُصَالَحةَ عنه للمالِكِ ولا لغيرِه ؛ لأنَّه أُبِيحَ له مِن حَقٌّ غيره لحاجَتِه ، فلم يَجُز له ذلك فيه ، كطَعام غيره إذا أبيحَ له في حال الضَّرُورَةِ. ولو أراد صاحِبُ الحائِطِ إعارَةَ الحائِطِ أو إجارَتَه ، على وَجْهِ يَمْنَعُ هذا المُسْتَحِقُّ مِن وَضْع ِ خَشَبه ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه وَسِيلةً إلى مَنْع ِ ذي الحَقِّ مِن حَقَّه ، فلم يَمْلِكُه ، كَمَنْعِه . ولو أراد هَدْمَ الحائِط لغير حاجَةٍ ، لم يَمْلِكُ ذلك ؛ لِما فيه مِن تَفْويتِ الحَقِّ . وإنِ احْتاجَ إلى ذلك للخَوْفِ مِن انْهِدامِه أو لتَحْويلِه إلى مكانٍ آخَرَ ، أو لغرَض صَحِيحٍ ، مَلَك ذلك ؛ لأنَّ صاحِبَ الخَشَب إنَّما يَثْبُتُ حَقَّه للإرْفاقِ به مَشْرُوطًا بعَدَم الضَّرَرِ بصاحِبِ الحائِطِ ، فمتى أَفْضَى إلى الضَّرَرِ ، زال الاسْتِحْقاقُ ؛ لزَوال شَرْطِه .

> فصل : فإن أذِنَ صاحِبُ الحائِطِ لجاره في البناء على حائِطِه ، أو وَضْعِرِ سُتْرَةٍ عليه ، أو وَضْع خَشَبه عليه في المَوْضِع ِ الذي لا يَسْتَحِقُّ وَضْعَه ، جاز ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فجاز بإذْنِه . فإذا فَعَل ما أَذِنَ فيه ، صارَتِ العاريَّةُ لازمة ، تُذْكَرُ في باب العاريَّةِ .

والعَرْض والطُّولِ ، والسُّمْكِ والآلاتِ . السَّادسةُ ، لو وجَد بناءَه أو خَشَبَه على الإنصاف

⁽١) سقط من: ر١،م.

فصل : وإن أذِنَ له في وَضْع ِ خَشَبه ، أو البناءِ على جِدارِه بعِوَض ٍ ، جاز ، سَواءٌ كان إجارَةً في مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، أو صُلْحًا على وَضْعِه على التَّأبيدِ . ومتى زال ، فله إعادَتُه ، سَواءٌ زال [١٩٥/٤] لسُقُوطِه ، أو سُقُوطِ الحائِطِ ، أو غير ذلك ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ إِبْقاءَه بعِوَضٍ . ويَحْتاجُ أَن يكونَ البِناءُ مَعْلُومَ العَرْضِ والطُّولِ ، والسُّمْكِ ، والآلاتِ مِن الطِّينِ واللَّبنِ ''أُو الطِّينِ '' والآجُرِّ ، وما أَشْبَهَ ذلك ؛ لأنَّ هذا يَخْتَلِفُ فَيُحْتاجُ إِلَى مَعْرَفَتِه . وإذا سَقَط الحائِطُ الذي عليه البناءُ(٢) أو الخَشَبُ ، في أثَّناء مُدَّةٍ الإجارَةِ ، سُقُوطًا لا يَعُودُ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ فيما بَقِيَ مِن المُدَّةِ ، ورَجَع مِن الأَّجْرِةِ بقِسْطِ ما بَقِيَ مِن المُدَّةِ . وإن أُعِيدَ ، رَجَع مِن الأُجْرِةِ بقَدْر المُدَّةِ التي سَقَط البناءُ والخَشَبُ عنه . وإن صالَحَه مالِكُ الحائِطِ على رَفْعِ خَشَبِهِ أُو بِنائِهِ بشيءٍ مَعْلُومٍ ، جاز ، كَمَا يَجُوزُ الصُّلْحُ على وَضْعِه ، سَواءٌ كان ما صالَحه به مِثْلَ العِوض الذي صُولِحَ به على وَضْعِه ، أو أقلُّ أو أكثَرَ ؟ لأنَّ هذا عِوَضٌ عن المَنْفَعةِ المُسْتَحَقَّةِ له . وكذلك لو كان له مَسِيلٌ في أَرْض غيره ، أو مِيزابٌ ، أو غيرُه ، فصالَحَ صاحِبُ الأرْض مُسْتَحِقَّ ذلك بعِوض ليُزيلَه عنه ، جاز ، وإن كان الخَشَبُ أو الحائِطُ قد سَقَط ، فصالَحَه بشيءِ على أن لا يُعِيدَه ، جاز ؛ لأنَّه لَمَّا جاز أن يَبيعَ ذلك منه ، جاز أن يُصالِحَ عنه ؛ لأنَّ الصُّلْحَ بَيْعٌ .

الإنصاف حائطٍ مُشْتَرَكٍ ، أو حائطِ جارِه ، و لم يَعْلَمْ سَبَبَه ، فمتى زالَ ، فله إعادَتُه . وكذا

⁽۱ - ۱) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل : ﴿ أَوِ الْبِنَاءِ ﴾ .

فصل: وإذا وَجَد بناءَه أو خَشَبَه على حائِطٍ مُشْتَرَكٍ ، أو حائِطِ جارِه ، الشرح الكبير و لم يَعْلَمْ سَبَبَه ، فمتى زال فله إعادَتُه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ هذا الوَضْعَ بحَقٍّ مِن صُلْحٍ أَو غيرِه ، فلا يَزُولُ هذا الظَّاهِرُ حتى يُعْلَمَ خِلَافُه . وكذلك لو وَجَد مَسِيلَ مائِه في أرْض غيره ، (اأو مَجْرَى ماء سَطْحِه على سَطْحِ غيره ١٠ ، وما أشْبَهَ هذا ، فهو له ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه له بحَقٌّ ، فجَرَى مَجْرَى اليَدِ الثَّابِتَةِ . ومتى اخْتَلَفَا في ذلك ، هل هو بحَقٍّ أو بعُدُوانٍ ؟ فالقَوْلُ قولُ صاحِبِ الْخَشَبِ والبِّناءِ والمَسِيلِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه .

> فصل : وإذا ادَّعَى رجلِّ دارًا في يَدِ أُخَوَيْن ، فأَنْكَرَه أَحَدُهما ، وأقَرَّ له الآخَرُ ، ثم صالَحَه على ما أقرَّ له بعِوَضِ ، صَحَّ الصُّلْحُ ، ولأخِيه الأخْذُ بالشُّفْعة ِ . ويَحْتَمِلُ أَن يُفَرَّقَ بينَ ما إذا كان الإنْكارُ مُطْلَقًا ، وبينَ ما إذا قال : هذه لَنا وَرثْناها جَمِيعًا عن أبينا أو أخِينا . فيُقالُ : إذا كان الإنْكارُ مُطْلَقًا ، كان له الأُخْذُ بالشُّفْعة ِ . وإن قال : وَرثْناها . فلا شُفْعةَ له ؛ لأنَّ المُنْكِرَ يَزْعُمُ أَنَّ المِلْكَ لأَخِيهِ المُقِرِّ لم يَزُلْ ، وأَنَّ الصُّلْحَ باطِلٌ ، فيُؤاخَذُ بذلك ، فلا يَسْتَحِقُ (٢) شُفْعةً . ووَجْهُ الأُوَّل ، أنَّ المِلْكَ ثَبَت للمُدَّعِي حُكْمًا ، وقدرَجَع إلى المُقِرِّ بالبَيْع ِ ، وهو مُعْتَرِفٌ بأنَّه بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فتَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان الإنْكارُ مُطْلَقًا . ويجُوزُ أن يكون نَصِيبُ المُقِرِّ

لو وجَد مَسِيلَ ماءٍ يَجْرِي في أَرْضِ غيرِه ، أو مَجْرَى ماءِ سَطْحِه على سَطْحِ غيرِه ، الإنصاف وما أَشْبَهَه . فإنِ اخْتَلَفا ، فالقَوْلُ قُوْلُ صاحِبِ الخَشَبِ ، ونحوه .

⁽۱ - ۱) سقط من : م .

⁽٢) بعده في م : « به » .

المنع وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ فَانْهَدَمَ ، فَطَالَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ببنَائِهِ مَعَهُ ، أَجْبِرَ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُجْبَرُ ، .

الشرح الكبير انْتَقَلَ إلى المُدَّعِي ببَيْع أو هِبَة أو سَبَبِ مِن الأسبابِ ، فلا يَتنافَى إنْكارُ المُنْكِرِ وإقْرارُ المُقِرِّ ، كحالَةِ إطْلاقِ الإِنْكارِ . وهذا أَصَحُّ .

[١٨٩٨ - مسألة : (وإن كان بينَهما حائِطٌ فانْهَدَمَ ، فطالَبَ أَحَدُهما صاحِبَه ببنائِه ، أُجْبرَ عليه . وعنه ، لا يُجْبَرُ) إذا كان بينَ الشُّريكَيْن حائطٌ فانْهَدَمَ ، فطَلَبَ أَحَدُهما إعادَتَه ، وأَبَى الآخَرُ ، فذَكَر القاضِي فيه روايَتَيْن ؛ إحْداهما ، يُجْبَرُ . نَقَلَها ابنُ القاسِم ، وحَرْبٌ ، وسِنْدِيٌّ . قال القاضي : هي أَصَحُّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وعلى ذلك أَصْحَابُنَا . وهو إحْدَى الرِّوايَتَيْن عن مالِكٍ ، وقولُ الشافعيِّ القَدِيمُ ، واخْتَارَه بعضُ أَصْحَابِه ؛ لأَنَّ في تَرْكِ بِنَائِه إِضْرَارًا فَيُجْبَرُ عَلَيْه ، كَما يُجْبَرُ على القِسْمةِ إذا طَلَبَها أَحَدُهما ، وعلى نَقْضِ الحائِطِ عندَ خَوْفِ سُقُوطِه عليهما ، ولقُوْلِ النبيِّ عَلَيْكُ : « لَا ضَرَرَ وَلاضِرَارَ'' » . وهذا وَشَرِيكُه

قوله : وإنْ كان بينَهما حائطٌ ، فانْهدَمَ ، فطالَبَ أَحَدُهما صاحِبَه ببنائِه معه ، أُجْبِرَ عليه . هذا المذهبُ بلارَيْبِ . ونصَّ عليه ، في رِوايَةِ ابنِ القاسِمِ ، وحَرْبٍ ، وسِنْدِيٌّ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ : اخْتَارَه أَصحَابُنا . قال ابنُ عَقِيلِ : عليه أصحابُنا . قال القاضى : هذا أصحُّ . قال(٢) في « الرُّعايَةِ الكُبْرَى » : لَزِمَ الآخَرَ على الأَصحِّ . قال في « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ،

⁽١) في م : ﴿ إِضْرَارَ ﴾ . والحديث تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

⁽٢) سقط من : الأصل ، ط .

يَتَضَرَّران في تَرْكِ بنائِه . والرِّوايَةُ الثانيةُ ، لا يُجْبَرُ . نُقِل عن أحمدَ ما يَدُلُّ الشرح الكبير على ذلك . وهو أَقْوَى في النَّظَر ، ومَذْهَبُ أبي حنيفةً ؛ لأنَّه مِلْكُ لا حُرْمَةَ له في نَفْسِه ، فلم يُجْبَرْ مالِكُه على الإنْفاقِ عليه ، كما لو انْفَرَدَ به ، ولأنَّه بِناءُ حائِطٍ ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كالابتِداء ، ولأنَّه لا يَخْلُو ؛ إمَّا أَن يُجْبَرَ على بِنائِه لَحَقِّ نَفْسِه ، أو لَحَقِّ جارِه ، أو لهما جميعًا ، لا يَجُوزُ أن يُجْبَرَ لَحَقِّ نَفْسِه ، بِدَلِيل مَا لُو انْفَرَدَ بِه ، ولا لَحَقِّ غيره ، كما لُو انْفَرَدَ بِهِ جَارُه ، وإذا لم يَكُنْ واحِدٌ منهما مُوجَبًا عليهِ ، فكذلك إذا اجْتَمَعَا . وفارَقَ القِسْمَةَ ، فإنَّها دَفْعٌ للضَّرَرِ عنهما بما لا ضَرَرَ فيه ، والبِناءُ فيه ضَرَرٌ ؛ لِما فيه مِن الغَرامَةِ وإنَّفاقِ مالِه ، ولا يَلْزَمُ مِن إجْبارِه على إزالَةِ الضَّرَر بما لا ضَرَرَ فيه ، إجْبارُه على إزالَتِه بما فيه ضَرَرٌ ، بدَلِيل قِسْمةِ ما في قِسْمَتِه ضَرَرٌ . ويُفارِقُ هَدْمَ الحائِطِ إِذَا خِيفَ سُقُوطُه ؛ لأنَّه يَخافُ سُقُوطَه على ما يُتْلِفُه ؛

وغيرِهم:أُجْبِرَ ، في أَصحِّ الرِّوايتَيْن . قال ابنُ رَزِين ِ : اخْتارَه أكثرُ الأَشْياخِ . قال الإنصاف في « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : هذا المذهبُ ، نصَّ عليه في رِوايَةِ جَماعَةٍ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في ، « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، وغيرِهم . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وعنه ، لا يُجْبَرُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وقالا : هو أَقْوَى في النَّظَرِ . واخْتارَه أبو محمدٍ الجَوْزِيُّ أيضًا . قال ابنُ رَزِين ِ في ﴿ شَرْحِه ﴾ : وهو أَظْهَرُ ، كبناء حائطٍ بينَ مِلْكَيْهِما (١) . فعلى الرُّوايَةِ الثَّانيةِ ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : لو بَناه ، ثم أرادَ نَقْضَه ؛ فإنْ كان

⁽١) في الأصل ، ط: « ملكهما ».

الشرح الكبير فيُجْبَرُ على ما يُزيلُ ذلك ، ولذلك (١) يُجْبَرُ عليه وإنِ انْفَرَدَ بالحائِطِ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا . ولا نُسَلِّمُ أنَّ في تَرْكِه إِضْرارًا ، فإنَّ الضَّرَرَ إِنَّما حَصَل بانْهدامِه ، وإنَّما تَرْكُ البناء تَرْكُ لِما يَحْصُلُ النَّفْعُ به ، وهذا لا يُمْنَعُ الإِنْسانُ منه ، بدَلِيلِ حَالَةِ الابْتِداءِ . وإن سَلَّمْنا أنَّه إضْرارٌ ، لكنْ في الإجْبار إِضْرارٌ ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولأنَّه قد يكونُ المُمْتَنِعُ لا نَفْعَ له في الحائِطِ ، أو يكونُ الضَّرَرُ عليه أكثَرَ مِن النَّفْعِ ، أو يكونُ مُعْسِرًا ليس معه شيءٌ ، فيُكَلَّفُ الغرَامَةَ مع عَجْزِه عنها .

الإنصاف بَناه بآلَتِه ، لم يَكُنْ له ذلك . وإنْ كان بَناه مِن عندِه ، فله نَقْضُه ، فإنْ قال الشَّريك : أَنا أَدْفَعُ إليك نِصْفَ قِيمَةِ البناءِ ولا تَنْقُضْه . لم يُجْبَرْ على ذلك . وإنْ أرادَ غيرُ البانِي نَقْضَه ، أو إجْبارَ بانِيه على نَقْضِه ، لم يَكُنْ له ذلك ، على كلا الرِّوايتَين . انتهيا . ويأْتِي الحُكْمُ ، إذا قُلْنا : يُجْبَرُ . في آخِر المَسْأَلَةِ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ أيضًا ، ليس له مَنْعُه مِن بنائِه ، لكِنْ إِنْ بَناه بآلَتِه ، فهو بينَهما ، وليس له مَنْعُه مِنَ الانْتِفاع به قبلَ أَنْ يُعْطِيَه نِصْفَ قِيمَة عَمَلِه . على الصَّحيح ، وعليه أكثرُ الأصحاب . قال ف « الفُروع » : ليس له مَنْعُه مِنَ الانْتِفاع ، في الأشْهَر ، كما ليس له نَقْضُه . قال ف « الكافِي » : عادَ بينَهما ، كما كان برُسومِه وحُقوقِه [١٣٣/٢] ؛ لأنَّه عادَ بَعْيْنِه . وهو ظاهِرُ ماجزَم به في « الهدايَّةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِي » ،و « الشُّرْحِ » . قال في « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والسَّبْعِين » : هو قَوْلُ القاضي في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ ، وابن ِ عَقِيلٍ ، والأَكْثَرِين . وقدَّمه في ﴿ النِّهايَةِ ﴾ ، و ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايتَيْن ﴾ . وقيل : له مَنْعُه مِنَ الانْتِفاعِ به حتى يُعْطِيَه

⁽١) في ر، ر١، ق: « كذلك » .

لَكِنْ لَيْسَ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ بِنَائِهِ . فَإِنْ بَنَاهُ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ بَنَاهُ القيع بِاللَّهِ مِنْ عِنْدِهِ، فَهُوَ لَهُ، وَلَيْسَ لِلْآخَرِ الْانْتِفَاعُ بِهِ. فَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ، خَيِّرَ الْبَانِي بَيْنَ أَخْذِ نِصْفِ قِيمَتِهِ مِنْهُ وَبَيْنَ أَخْذِ آلَتِهِ.

١٨٩٩ – مسألة : ﴿ وليس له مَنْعُه مِن بِنائِه ﴾ يَعْنِي على الرِّوايَةِ الشرح الكبير التي تَقُولُ : لا يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ إذا أراد شَرِيكُه البِناءَ . فليس له مَنْعُه ؛ لأنَّ له حَقًّا في الحَمْلِ وَرَسْمًا ، فلا يَجُوزُ مَنْعُه منه .

> • • • • • • • مسألة : (فإن بَناه بآلَتِه ، فهو بينَهما ، وإن بَناهُ بآلَةِ مِن عندِه ، فهو له ، وليس للآخَرِ الانْتِفاعُ به . فإن طَلَبَ الانْتِفاعَ به ، خُيِّرَ البانِي [٤٩٦/٤] بينَ أُخْذِ نِصْفِ قِيمَتِه وبينَ أُخْذِ آلَتِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ

نِصْفَ قِيمَةِ العمَلِ . جزَم به في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُجَرَّدِ » ، و « الحاوِيْيْن » . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفائقِ » . وهو ظاهِرُ كلام ِ ابن ِ أَبِي مُوسى ، والقاضى في « خِلافِه » . وحَكاه في « التَّلْخيص » ، عن بعض مُتَأَخِّري الأصحابِ . قال ابنُ مُنَجِّي في « شَرْحِه » : وفيما ذكَرَه الأصحابُ - مِن عدَم مَنْعِه مِنَ الانْتِفاعِ بِه قبلَ أَنْ يُعْطِيَه نِصْفَ قِيمَةِ عَمَلِه – نَظَرٌ ، بل يَنْبَغِي أَنَّ الثَّانِيَ يَمْلِكُ مَنْعَ شَرِيكِه مِنَ التَّصَرُّفِ فيه ، حتى يُؤِّدِّيَ ما يخُصُّه مِنَ الغَرامَةِ الواقِعَةِ بأَجْرَةِ المِثْلِ ؛ لأنَّه لو لم يكُنْ كذلك ، لأدَّى إلى ضَياعٍ حقِّ الشُّرِيكِ . انتهى . قلتُ : وهو الصُّوابُ . قال في « الوَجيزِ » : وإذا بنِّي أحدُهما الحائطَ بأنَّقاضِه ، فهو بينَهما ، إِنْ أَدَّى الآخَرُ نِصْفَ قِيمَةِ التَّالِفِ .

قُولُه على الرُّوايَةِ الثَّانيةِ : وإنْ بَناه بآلَةٍ مِن عندِه فهو له – ولا يَحْتاجُ إلى إذْنِ حاكِم في بِنائِه . صرَّح به القاضي في « خِلافِه » . وقدَّمه في « القَواعِدِ » . واعْتَبرَ

الشرح الكبير للشُّرِيكِ بِناءَ الحائِطِ بأَنْقاضِه ، وله بناؤُه بآلةٍ مِن عندِه ، فإن بَناهُ بآلَتِه وأَنْقَاضِه ، فهو بينَهما(١) على الشُّركَةِ ، كما كان ؛ لأنَّ المُنْفَقَ إِنَّما أَنْفِقَ على التَّالفِ ، وذلك أثَرٌ لا عَيْنٌ يَمْلِكُها . وإن بَناه بآلةٍ ('مِن عندِه') ، فالحائِطُ مِلْكُه خاصَّةً ، وله مَنْعُ شَريكِه مِن الانْتِفاعِ به ، ومِن وَضْع ِ خَشَبِه ورُسُومِه عليه ؛ لأنَّ الحائِطَ له . فإن أراد نَقْضَه وكان بَناه بآلَتِه ، فليس له نَقْضُه ؛ لأنَّه مِلْكُهما ، فلم يكن له التَّصَرُّفُ فيه بما فيه مَضَرّةٌ عليهما . وإن كان بَناه بآلَةٍ مِن عندِه ، فله نَقْضُه ؛ لأنَّه يَخْتَصُّ بمِلْكِه . فإن قال شَرِيكُه : أَنَا أَدْفَعُ إِلَيْكَ نِصْفَ قِيمةِ البناءِ وَلا تَنْقُضْهُ . لم يُجْبَرْ ؛ لأَنَّه لَمَّا لم يُجْبَرْ على البِناءِ ، لم يُجْبَرْ على الإِبْقاءِ . وإن أراد غيرُ البانِي نَقْضَه ، وإجْبارَ بانِيه على نَقْضِه ، لم يكنْ له ذلك على كِلْتا الرِّوايَتَيْن ؛ لأنَّه إذا لم يَمْلِكْ مَنْعَه مِن بِنائِه ، ("فَلَأَنْ لا") يَمْلِكَ إِجْبارَه على نَقْضِه أَوْلَى . فإن كان له

في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ إِذْنَ الحاكم . ونصَّ أحمدُ على أنَّه يُشْهِدُ على ذلك - وليس للآخر الانْتِفاعُ به . فله مَنْعُ شَريكِه مِنَ الانْتِفاعِ به ، ومِن وَضْع ِ خَشَبِه ورُسومِه حتى يَدْفَعَ ما يجِبُ عليه . صرَّح بذلك في «المُغْنِي»، و «الشُّرْح ِ»، و « القَواعِدِ » . قال في « الفائقِ » : اخْتَصَّ به وبنَفْعِه دُونَ أَرْضِه . قال في « الحاويينن » : ملكَه الباني خاصَّةً ، وليس لشَرِيكِه الانْتِفاعُ به . فإنْ كان لغيرِ البانِي رَسْمُ طَرْحِ (١) أَحْشَابٍ ، فالبانِي مُخَيَّرٌ (بينَ أَنْ يُمَكِّنَه) مِن وَضْع ِ أَحْشَابِه -

⁽١) سقط من : م .

⁽٢ - ٢) سقط من : الأصل .

٣ - ٣) في الأصل: ﴿ فَلَمُلَّا ﴾ .

⁽٤) في ط: (صرح) .

⁽٥ - ٥) في الأصل ، ط: « إما يملكه » .

على الحائِطِ رَسْمُ انْتِفاعٍ ، أو وَضْع خِشَبٍ ، قال له : إمَّا أَن تَأْخُذَ مِنِّي الشرح الكبير نِصْفَ قِيمَتِه ، وتَمَكَّننِي مِن انْتِفاعِي ، وإمّا أن تَقْلَعَ حائِطَك ، لنُعِيدَ البناءَ بينَنا() . فيَلْزَمُ الآخَرَ إجابَتُه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إبْطالَ رُسُومِه وانْتِفاعِه ببنائِه ، وإن لم يُردْ الانْتِفاعَ به ، فطالَبَه الثانِي بالغَرامَةِ أو القِيمَةِ ، لم يَلْزَمُه ذلك ؛ لأنَّه إذا لم يُجْبَرْ على البِناء ، فأوْلَى أن لا يُجْبَرَ على الغَرامَةِ ، إلَّا أَن يَكُونَ قد أَذِنَ في البناء والإنفاقِ ، فيَلْزَمُه ما أَذِنَ فيه . فأمّا على الرِّوايَةِ الْأُولَى ، فمتى امْتَنَعَ ، أَجْبَرَه الحاكِمُ على ذلك ، فإن لم يَفْعَلْ ، أَخَذَ الحاكِمُ مِن مالِه وأَنْفَقَ عليه ، وإن لم يكنْ له مالٌ ، فأَنْفَقَ عليه الشَّرِيكُ بإِذْنِ الحاكِم ، أو إذْنِ الشُّرِيكِ ، رَجَع عليه متى قَدَر . وإذا أراد بِناءَه ، لم يَمْلِكِ الشُّرِيكُ مَنْعَه . وما أَنْفَقَ ؛ إِن تَبَرُّ عَ به ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ به ، وإن نَوَى الرُّجُوعَ به ، فهل له الرُّجُوعُ بذلك ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ، بناءً على ما إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إِذْنِه . وإن بَناه لنَفْسِه بآلَتِه ، فهو بينَهما ، وإن بَناه بآلَةٍ مِن عندِه فهو له خاصَّةً . فإن أراد نَقْضَه فله ذلك ، إلَّا أن يَدْفَعَ إليه شَريكُه نِصْفَ قِيمَتِه ، فلا يَكُونُ له نَقْضُه ؛ لأنَّه إذا أُجْبِرَ على بِنائِه ، فأوْلَى أن يُجْبَرَ على إِبْقائِه .

ويأُخُذَ منه نِصْفَ قِيمَةِ الحائطِ – وبينَ أنْ يأُخُذَ بِناءَه ليُعِيدَ البِناءَ بينَهما ، أو يَشْتَر كان الإنصاف في الطُّرْحِ. انتهي. وقال في «الفُروعِ»: وإنْ بَناه بغيرِها، فله مَنْعُه مِن غيرِ رَسْمٍ طَرْحٍ خَشَبٍ . فظاهِرُ كلامِه ، عدَمُ المَنْعِ مِنَ الرُّسُومِ . وقد صرَّح المُصَنِّفُ وغيرُه

⁽١) في م : ﴿ من بيننا ﴾ .

فصل: فإن لم يَكُنْ بينَ مِلْكَيْهِما حائِطٌ ، فطَلَبَ أَحَدُهما مِن الآخَرِ أَن يَبْنِيا حائِطًا يَحْجِزُ بينَ مِلْكَيْهِما ، لم يُجْبَرِ الآخَرُ عليه . رِوايَةً واحِدَةً . أَن يَبْنِيا حائِطًا يَحْجِزُ بينَ مِلْكَيْهِما ، لم يُجْبَرِ الآخَرُ عليه . رِوايَةً واحِدَةً . فإن أراد البِناءَ وَحْدَه ، فليس له إلَّا في مِلْكِه ؛ لأَنَّه لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في مِلْكِ جارِه المُخْتَصِّ به ، ولا في المِلْكِ المُشْتَرَكِ بغيرِ ما له فيه رَسْمٌ ، وهذا لا رَسْمَ له فيه رَسْمٌ .

الإنصاف

بالمَنْع ِ . والظَّاهِرُ أَنَّ مُرادَ صَاحِبِ ﴿ الفُروع ِ ﴾ بالجَوازِ ، إذا كان له حَقُّ في ذلك ، وأرادَ الانْتِفاعَ بعدَ بِنائِه . وقد صرَّح المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، بعدَ كلامِهما الأوَّلِ ، بقريبٍ مِن ذلك ؛ فقالا : فإنْ كان على الحائطِ رَسْمُ انْتِفاعٍ ، أو وَضْع خَشَب ، قال له : إمَّا أَنْ تأخُذ مِنِّي نِصْفَ قِيمَتِه ، أو تُمكِّننِي مِن انْتِفاعِي ، وإمَّا أَنْ تقْلَعَ حائِطَك لنُعِيدَ البِناءَ بيننا . فيَلْزَمُ الآخَرَ إجابَتُه ؛ لأنَّه لايَمْلِكُ إبْطالَ رُسومِه وانْتِفاعِه بينائِه . انتهيا . وكذا قال غيرُهما .

فائدة : قال فى « القاعِدَةِ السَّادسةِ والسَّبْعِين » : فإنْ قيلَ : فعندَ كَم لا يجوزُ للجارِ مَنْ عُجارِه مِنَ الانْتِفاعِ بِوَضْعِ خَشَبِه على جدارِه ، فكيف مَنَعْتُمْ هنا ؟ قُلْنا : إنَّما مَنَعْنا هنا مِن عَوْدِ الحقِّ القَديمِ المُتَضَمِّنِ لِمِلْكِ الانْتِفاعِ قَهْرًا ، سواءً كان مُحْتاجًا إليه أو لم يَكُنْ . وأمَّا التَّمْكِينُ مِنَ الوَضْعِ للارْتِفاقِ ، فتلك مَسْأَلَةٌ أُخْرَى ، وأكثرُ الأصحاب يَشْتَرِطُون فيها الحاجَة أو الضَّرُورَة ، على ما تقدَّم .

قوله: فإنْ طلَب ذلك - يعْنِى ، الشَّرِيكُ الذى لم يَبْنِ ، الانْتفِاعَ - خُيِّرَ البانِى بينَ أُخْذِ نِصْفِ قِيمَتِه منه ، وبينَ أُخْذِ آلَتِه . وهذا بلا نِزاعٍ . لكِنْ لو اخْتارَ الأُخْذَ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهب ، أنَّه يأْخُذُ نِصْفَ قِيمَةِ بِنائِه . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الحَاوِيَيْن » ، و « المُعْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « الفُروع » . وعنه يَدْفَعُ مايخُصُّه كغَرامَةٍ ؛ لأَنَّه نائبُه مَعْنَى . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

فصل: فإن كان السُّفْلُ لرجل ، والعُلْوُ لآخَر ، فانْهَدَمَ السَّفْ الذى بينَهِما ، فطلَبَ أَحَدُهُما المُباناةَ مِن الآخَر ، فامْتَنَع ، فهل يُجْبَرُ ؟ على روايَتَيْن ، [٤/٧٥ و] كالحائِط بينَ البَيْتَيْن . وللشافعي فيه قَوْلان . فإنِ انْهَدَمَتْ حِيطانُ السُّفْل ، فطالَبه صاحِبُ العُلْو بإعادَتِها ، ففيه روايَتان ؛ إحْداهما ، يُجْبَرُ . وهو قولُ مالِك ، وأبى ثَوْر ، وأحَدُ قَوْلَى الشافعي . فعلى هذه الرِّوايَة ، يُجْبَرُ على البِناءِ وَحْدَه ؛ لأنَّه مِلْكُه خاصَّةً . والثانية ، لا يُحْبَرُ . وهو قولُ أبى حنيفة . وإن أراد صاحِبُ العُلْو بناءَه ، لم يُمنَع مِن ذلك ، على الرِّوايَتِيْن جَمِيعًا . فإن بَناه بالَّتِه ، فهو على ما كان ، وإن بَناه بالَّة مِن عندِه ، فقد رُوى عن أحمد ، لا يَنْتَفِعُ به صاحِبُ السُّفْل . بَعْنِي حتى يُوَّدِي القِيمَة . فيحْتَمِلُ أنَّه لا يَسْكُنُ . وهو قولُ أبى حنيفة ؛ يَعْنِي حتى يُوَّدِي القِيمَة . فيحْتَمِلُ أنَّه لا يَسْكُنُ . وهو قولُ أبى حنيفة ؛ لأنَّ البَيْت إنَّما يُبْنَى للسُّكْنَى ، فلم يَمْلِكُه كغيرِه . ويَحْتَمِلُ أنَّه أراد الانْتِفاع .

فوائله ؛ إحداها ، إذا قُلْنا : يُجْبَرُ على بِنائِه معه . وهو المذهبُ ، وامْتَنَع ، أَجْبَرَه الإنصاف الحاكِمُ على ذلك ، فإنْ لم يَفْعَلْ ، أَخَذ الحاكِمُ مِن مالِه وأَنْفَقَ عليه ، فإنْ لم يَكُنْ له عَيَنُ (۱) مالٍ ، باعَ مِن مُروضِه ، فإنْ تعَذَّر ، اقْتَرضَ عليه . وإنْ عَمَرَه شَرِيكُه له عَيَنُ السَّرِيكُ مَالِي السَّرِيكُ مَنْعَه . وما بإذْنِه أو إذْنِ حاكِم ، رَجَع عليه ، وإنْ أرادَ بِناءَه ، لم يَمْلِكِ السَّرِيكُ مَنْعَه . وما أَنْفَق ، إنْ تبَرَّعَ به ، له يكُنْ له الرَّجوعُ ، وإنْ نوَى الرَّجوعَ به ، فهل له الرَّجوعُ ؟ . قال في « الشَّرْح ِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَين ؛ بِناءً على ما إذا قضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه . انتهى . قال في « الفُروع ِ » : وفيه – بنيَّة رُجوعِه على الأوَّلِ – الخِلافُ ٢٠ . وإنْ بَناه (٢ قَالَ في « الفُروع ِ » : وفيه – بنيَّة رُجوعِه على الأوَّلِ – الخِلافُ ٢٠ . وإنْ بَناه

⁽١) في ط : « غير » .

⁽۲ - ۲) زیادة من : ۱ .

الشرح الكبر بالجِيطانِ خاصَّةً ؛ مِن طَرْح ِ الخَشَب ، وسَمْرِ الوَتِدِ ، وفَتْح ِ الطَّاقِ ، وتَكُونُ له السُّكْنَى مِن غير تَصَرُّفٍ في مِلْكِ غيره . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؟ لأنَّ الشُّكْنَى إنَّما هي إقامَتُه في فِناء الحِيطانِ مِن غير تَصَرُّفٍ فيها ، أَشْبَهَ الاستِظْلالَ بها مِن خارجٍ . فأمّا إن طالَبَ صاحِبُ السُّفْل بالبناء ، وأبى صاحِبُ العُلْوِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، لا يُجْبَرُ على بِنائِه ، ولا مُساعَدَتِه . وهو قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ الحائِطَ مِلْكُ صاحِب السُّفْل ، فلم يُجْبَرْ غيرُه على بِنائِه ، ولا المُساعَدَةِ فيه ، كما لو لم يَكُنْ عليه عُلُوٌّ . والثانيةُ ، يُجْبَرُ على مُساعَدَتِه والبِناءِمعه . وهو قولُ أبي الدَّرْداءِ ؛ لأنَّه حائِطٌ يَشْتَر كان في الأنتِفاع به ، أشْبَهَ الحائِطَ بينَ الدَّارَيْن .

فصل: فإن كان بينَ البَيْتَيْن حائِطٌ لأَحَدِهما ، فانْهَدَم ، فطَلَبَ أَحَدُهما مِن الآخَرِ بِناءَه ، أو المُساعَدَةَ في بنائِه ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه إن كان المُمْتَنِعُ مالِكَه ، لم يُجْبَرُ على بناء مِلْكِه المُخْتَصِّ به ، كحائِطِ الآخَر ، وإن كان المُمْتَنِعُ الآخَرَ ، لم يُجْبَرُ على بناءِ مِلْكِ غيرِه ، ولا المُساعَدَةِ فيه . ولا

الإنصاف لنَفْسِه بآلَتِه ، فهو بينَهما ، وإنْ بَناه بآلَةٍ مِن عندِه ، فهو له خاصَّةً ، فإنْ أرادَ نَقْضَه ، فله ذلك ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ إِلَيه شَرِيكُه نِصْفَ قِيمَتِه ، فلا يكونُ له نَقْضُه (١) . التَّانيةُ ، يُجْبَرُ الشُّرِيكُ على العِمارَةِ مع شَرِيكِه في الأَمْلاكِ المُشْتَرَكَةِ . على الصَّحِيحَ مِنَ المذهبِ ، والرِّوايتَيْن . قالَه في « الرِّعايَةِ » وغيرِها . وعنه ، لا يُجْبَرُ . الثَّالثةُ ، لو اسْتُهْدِمَ جدارُهما ، أو خِيفَ ضررَرُه ، نقضاه ؛ وإنْ أبي أحدُهما [١٣٣/٢] ، أَجْبَرَه

⁽١) في الأصل ، ط : (بعضه) .

يَلْزَمُ على هذا حائِطُ السُّفْل ، حيث يُجْبَرُ صاحِبُه على بِنائِه ، مع اخْتِصاصِه بمِلْكِه ؟ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ صاحِبَ العُلْو مَلَكَه مُسْتَحِقًّا لإبْقائِه على حِيطانِ السُّفْلِ دائِمًا ، فلَزمَ صاحِبَ السُّفْلِ تَمْكِينُه ممّا يَسْتَحِقُّه ، وطَريقُه البناءُ ، فلذلك وَجَب ، بخِلافِ مَسْأَلْتِنا . وإن أراد صاحِبُ الحائِطِ بناءَه ، أو نَقْضَه بعدَ بِنائِه ، لم يكُنْ لجارِه مَنْعُه ؛ لأنَّه مِلْكُه خاصَّةً . وإن أراد جارُه بناءَه ، أو نَقْضَه ، أو التَّصَرُّفَ فيه ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه .

الحاكِمُ ، وإنْ تَعَذَّرَ^(١) ، ضَمِنَ ما تَلِفَ به إذا أَشْهَدَ على شَرِيكِه ، وإلَّا فلا . وقيل : الإنصاف بلَى ، إنْ تقدَّم إليه بنَقْضِه ، وأيُّهما هدَمَه ^(٢)إذَنْ بغيرِ إذْنِ صاحِبِه ، فهَدَرٌ . وقيل : يَلْزَمُه إعادَتُه على صِفَتِه ، كما لو هدَمَه مِن غيرِ حاجَةٍ إلى هَدْمِه . واخْتارَه ابنُ البُّنَّا . ويأتِي ذلك في أواخِر الغَصْب ، في كلام المُصَنِّفِ ، ونَبَيِّنُ الرَّاجِحَ في المذهب هناك . الرَّابعةُ ، لو أرادَ بِناءَ حائطٍ بينَ مِلْكَيْهما ، لم يُجْبَرِ المُمْتَنِعُ منهما ، ويَشْنى الطَّالِبُ في مِلْكِه إِنْ شَاءً . روايَةً واحِدَةً . قالَه المُصَنِّفُ ومَنْ تابَعَه . وقال في « الفائقِ » : و لم يُفَرِّقْ بعضُ الأصحاب ، ("انْحتارَه شَيْخُنا") . يعْنِي به الشَّيْخَ تَقِيَّ الدِّينِ . الخامِسَةُ ، لو اتَّفَقا على بناء حائطٍ مُشْتَرَكٍ بينَهما نِصْفَين ، على أنَّ ثُلُّتُه لواحِدٍ ، وثُلُثَيْه لآخَرَ ، لم يصِحَّ . وإنِ اتَّفَقا على أنْ يُحَمِّلُه كلُّ واحِدٍ منهما ما شاءَ ، لم يصِحُّ لجَهالَتِه ، وإنْ وصَفا الحِمْلَ ، ففي الصِّحَّةِ وَجْهان . وأطْلَقهما في « الفُروع ِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال في « المُغنِيي » ، و « الشَّرْح ِ » : وإنِ

⁽١) في الأصل ، ط: « تعدد » .

⁽٢) في ط : « هذه » وفي الأصل : « اختاره » .

⁽٣ - ٣) سقط من: الأصل ، ط .

الله وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أَوْ بِعْرٌ ، أَوْ دُولَابٌ ، أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ قَنَاةٌ ، وَالْعَن بَالَى عِمَارَةٍ ، فَفِي إِجْبَارِ الْمُمْتَنِع ِ رَوَايَتَانِ .

الشرح الكبير

فصل: فإنِ اتَّفَقا على بِناءِ الحائِطِ المُشْتَرَكِ بِينَهما نِصْفَيْن ، ومِلْكُه بِينَهما الثُّلُثُ والثُّلُثان ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّه يُصالِحُ عن بعض مِلْكِه ببعض ، فلم يَصِحَّ ، كالو أقرَّله بدار فصالَحَه على سُكْناها . ولو اتَّفَقا على أن يُحَمِّلَه كُلُّ واحِدٍ منهما ما شاء ، لم يَجُزْ ؛ لجَهالة الحِمْل ، فإنَّه يُحَمِّلُه مِن الأَثْقالِ ما لا طاقة له بحَمْلِه . وإنِ اتَّفقا على أن يكونَ بينهما نِصْفَيْن ، جاز .

١٩٠١ - مسألة : (وإن كان بينَهما نَهْرٌ ، أو بِئْرٌ ، أو دُولابٌ () أو ناعُورَةٌ ، أو قناةٌ ، فاحتاجَ إلى عِمارةٍ ، ففي إجْبارِ المُمْتَنِعِ روايَتان)

الإنصاف اتَّفَقا على أنْ يكونَ بينَهما نِصْفَيْن ، صحَّ (١) .

قوله : وإنْ كان بينَهما نَهْرٌ ، أو بِئُرٌ ، أو دُولابٌ ، أو ناعُورَةٌ ، أو قَناةٌ ، واحْتاجَ

⁽١) بعده في م : ﴿ كَانَ ﴾ .

⁽٢) أى إزالة الضرر.

⁽٣) الدُّولاب : الآلة التي تديرها الدابة ليستقى بها والناغورة هي الدولاب ويديرها الماءُ .

⁽٤) سقط من : الأصل ، ط .

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا مَنْعُ صَاحِبهِ مِنْ عِمَارَتِهِ ، فَإِذَا عَمَرَهُ ، فَالْمَاءُ بَيْنَهُمَا الله المنع عَلَى الشُّركَةِ .

بِناءً على الحائطِ المُشْتَرَكِ إِذا انْهَدَمَ . وحُكِيَ عن أبي حنيفةً ، أنَّه يُجْبَرُ هـ هُنا الشرح الكبير على الإنْفاقِ ؛ لأنَّه لا يَتَمَكَّنُ شَريكُه مِن مُقاسَمَتِه ، فيتَضَرَّرُ ، بخِلافِ الحائطِ، فإنَّه يُمْكِنُهما قِسْمَةُ العَرْصةِ. قال شيخُنا(١): والأَوْلَى التُّسْوِيةُ ؟ لأنَّ في قِسْمةِ العَرْصةِ إضْرارًا بهما ، والإنْفاقُ أرْفَقُ بهما ، فكانا سَو اءً .

> ١٩٠٢ - مسألة : (وليس لأَحَدِهما مَنْعُ صاحِبِه مِن عِمارَتِه كَالْحَائِطِ ، فَإِنْ عَمَرَه ، فَالمَاءُ بِينَهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ) أُمَّا الدُّولابُ

إلى عِمارَةٍ ، ففي إجْبارِ المُمْتَنِعِ رِوايَتان . إحْداهما ، يُجْبَرُ . وهو المَذْهبُ ، وعليه الإنصاف أكثرُ الأصحابِ ، نصَّ عليه . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه في « التَّصْحيح » وغيرِه . وقدَّمه في « الفُروع ِ » وغيرِه . والثَّانيةُ ، لا يُجْبَرُ . واعْلَمْ أنَّ الحُكْمَ هنا والخِلافَ ، كالخِلافِ في الحائطِ المُشْتَرَكِ إذا انْهَدَمَ ، على ما تقدُّم ، نَقْلًا ومذهبًا وتَفْصِيلًا . قالَه أكثرُ الأصحاب ؛ منهم القاضي ، والمُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ ، وغيرِهم . وقال ابنُ أبِي مُوسى : يُجْبَرُ هنا ، قوْلًا واحدًا . وحكَى الرِّوايتَيْن في الحائطِ . قال ف « القَواعِدِ » : والفَرْقُ أنَّ الحائطَ يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، بخِلافِ القَناةِ والبِئْرِ .

قوله : وليس لأَحَدِهما مَنْعُ صاحِبِه مِن عِمارَتِه . بلا نِزاعٍ .

⁽١) في : المغنى ٧/٩٤ .

الشرح الكبير والنَّاعُورةُ ، فالحُكْمُ فيه كالحُكْم ِ في الحائِطِ ، على ما ذَكَرْناه . وأمَّا النَّهْرُ والبئرُ ، فلكلِّ واحِدٍ منهما الإنْفاقُ عليه ، وإذا أَنْفَقَ عليه ، لم يَكُنْ له مَنْعُ الآخَرِ مِن نَصِيبِه مِن الماءِ ؛ لأنَّه يَنْبُعُ مِن مِلْكِهما ، وإنَّما أثَّرَ أَحَدُهما في نَقْلِ الطِّينِ منه ، وليس له فيه عَيْنُ مالِ ، فأشْبَهَ الحائِطَ إذا بَناه بآلَتِه ، والحُكْمُ في الرُّجُوعِ بِالنَّفَقةِ ، حُكْمُ الرُّجُوعِ في النَّفَقةِ على الحائطِ ، على ما مَضَى .

وقوله : فإذا عمَرَه ، فالماءُ بينَهما على الشُّركَةِ . هذا المذهبُ ؛ لأنَّ الماءَ باقِ على ما كان عليه مِنَ المِلْكِ والإِباحَةِ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضي ، في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ ، وابنُ عَقِيل ، والمُصَنِّفُ ، في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ ، وصاحِبُ « التُّلْخيص » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهم . وفي « الخِلافِ الكَبِيرِ » للقاضي ، و « التَّمام ِ » لأبِي الحُسْيَن ، له المَنْعُ مِنَ الانْتِفاعِ بالقَناةِ . قال في « القَواعِدِ » : ويَشْهَدُ له نصُّ أحمدَ بالمَنْعِ مِن سُكْنَى السُّفْلِ إِذا بَناه صاحِبُ العُلْوِ ، ومَنْعُ الشُّرِيكِ مِنَ الانْتِفاعِ بالحائطِ إذا أُعِيدَ بآلَتِه العَتِيقَةِ . قلتُ : وهو الصُّوابُ .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو اتَّفَقا على بناءِ حائطِ بُسْتانٍ ، فبنَى أحدُهما ، فما تَلِفَ مِنَ الثَّمَرَةِ بسَبَب إهمال الآخر ، يَضْمَنُه الذي أهْمَلَ . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّين . الثَّانيةُ ، لو كان السُّفْلُ لواحِدٍ ، والعُلْوُ لآخَرَ ، فالسَّقْفُ بينَهما ، لا لصاحِب العُلْو . على الصَّحِيحِ مِنَ المذهبِ . والإِجْبارُ ، إذا انْهَدَمَ السَّقْفُ ، كما تقدُّم في الحائطِ الذي بينَهما إذا انْهَدَمَ . ولو انْهَدَمَ الجَميعُ ، فلرَبِّ العُلُو إجْبارُ صاحِبِ السُّفْلِ على بنائِه . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ. قال في « البُلْغَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائق ِ » : أُجْبِرَ فى أُصحِّ الرِّوايتَيْن . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوس ِ فى

فصل: وليس للرجل التَّصَرُّفُ في مِلْكِه بما يَضُرُّ ''به جارَه'' ، نحوَ الشرح الكبير أَن يَبْنِيَ حَمَّامًا بينَ الدُّورِ ، أو يَفْتَحَ خَبّازًا بينَ العَطّارين ، أو يَجْعَلَه دُكَّانَ قِصارَةٍ يَهُزُّ الحِيطانَ ويُخَرِّبُها ، أو يَحْفِرَ بِئرًا إلى جانِبِ بِئرِ جارِه يَجْتَذِبُ ماءَها . وبهذا قال بعضُ الحَنَفِيَّةِ . وعن أحمدَ روايَةٌ أُخْرَى : لا يُمْنَعُ . وبه قال الشافعيُّ ، وبعضُ الحَنَفِيَّةِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ في مِلْكِه المُخْتَصِّ به ، و لم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ غيره ، فلم يُمْنَعْ منه ، كما لو طَبَخ في داره أو خَبَز فيها . وسَلَّمُوا أَنَّه يُمْنَعُ مِن الدَّقِّ الذي يَهْدِمُ الحِيطانَ ويَنْثِرُها . ولَنا ، قولَ النبيِّ عَلِيلًا : ﴿ لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ ﴾(٢) . ولأنَّ هذا إضرارٌ بجيرانِه ، فمُنِعَ منه ، كالذي سَلَّمُوه ، وكسَقْي الأرْضِ الذي يَتَعَدَّى إلى هَدْم ِ حائِطِ جارِه ، أو إشْعال نار يتَعَدَّى إلى إحْراقِه . قالُوا : هـٰهُنا تَعَدَّتِ النَّارُ التي أَضْرَمَها ، والماءُ [٩٨/٤] الذي أرْسَلَه ، فكان مُرْسِلًا لذلك في مِلْك غيرِه ، أَشْبَهَ ما لو أَرْسَلَه إليها قَصْدًا . قُلْنا : والدُّخَانُ (٣) هو أَجْزاءُ الحَريق الذي أُحْرَقَه ، فكان مُرْسِلًا له في مِلْكِ جارِه ، فهو كالنَّارِ والماءِ ، وأمَّا دُخَانَ الخَبْزِ والطَّبيخِ ، فإنَّ ضَرَرَه يَسِيرٌ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، وتَدْخُلُه المُسامَحَةُ.

« تَذْكِرَتِه » . وجزَم به في « الحاوِيَيْن » . وقدَّمه ابنُ رَزِين ٍ ، و « القَواعِدِ » . الإنصاف وعنه ، لا يُجْبَرُ . وأَطْلَقهما في « المُغْنِي » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّمْرْحِ ِ » ،

⁽۱ - ۱) في م : ﴿ بَجَارِه ﴾ .

 ⁽۲) تقدم تخریجه فی ۳۲۸/۲ .

⁽٣) بعده في م : ﴿ الذي ﴾ .

فصل : فإن كانَ سَطْحُ أَحَدِهما أَعْلَى مِن سَطْحِ الآخَرِ ، فليس لصاحِب الأعْلَى الصُّعودُ على سَطْحِه على وَجْهِ يُشْرِفُ على سَطْحِ جارِه ، إِلَّا أَن يَبْنِيَ سُتْرَةً تَسْتُرُه . وقال الشافعيُّ : لا يَلْزَمُه سَتْرُه ؛ لأنَّ هذا حاجزٌ ً بينَ مِلْكَيْهِما ، فلم يُجْبَرْ أَحَدُهما عليه ، كالأَسْفَل . ولَنا ، أنَّه إضرارٌ بجاره ، فمُنِعَ منه ، كدَقٍّ يَهُزُّ الحِيطانَ ، وذلك أنَّه يَكْشِفُ جارَه ، ويَطَّلِعُ

الإنصاف و « الفُروع ِ » . فعلى المذهب ، هل يَنْفَر دُصاحِبُ السُّفْل ببناءِ السُّفْل ، أو يَشْرَكُه فيه صاحِبُ العُلُو ، ويُجْبَرُ عليه إذا طلَبَه صاحِبُ السُّفْلِ ؟ فيه رِوايَتان . وأطْلَقهما ف « المُغنِي » ، و « التَّلْخيص » ، و « الشُّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعِدِ » ؛ إحداهما ، يَنْفَرِ دُ صاحِبُ السُّفْل بالبناء إلى حدِّه ، ويَنْفَرِ دُ صاحِبُ العُلُو ببنائِه . وهو المذهبُ . قدَّمه في « المُحَرَّر » ، و « الفُروع ِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . ('وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشُّرْح ِ »'` . والثَّانيةُ ، يَشْرَكُه صاحِبُ العُلْوِ فيما يُحَمِّلُه منه ، ويُجْبَرُ عليه إذا امْتَنَع . وعلى الثَّانيةِ ، في أَصْلِ المَسْأَلَةِ - وهو أنَّه لا يُجْبَرُ - لصاحِبِ العُلْوِ بِناءُ السُّفْلِ ، وفي مَنْعِه السُّكْنَى ما سلَف مِنَ الخِلافِ فيما إذا كان بينَهما حائطٌ . الثَّالثةُ ، لو كان بينَهما طَبَقَةٌ ثَالِثَةٌ ، فهل يَشْتَرِكُ الثَّلاثَةُ في بِناءِ السُّفْلِ ، والاثنان في بِناءِ الوَسَطِ ؟ فيه الرِّوايَتان المُتَقَدِّمَتان ، حُكْمًا ومذهبًا . وكذا الطَّبقَةُ الرَّابِعَةُ فأكْثرُ . وصاحِبُ الوَسَطِ ، مَن فوْقَه كمَن تحتَه معه . قال في « الفُروعِ » : إذا كانُوا ثلاثَ طِباقٍ ، فَإِنْ بَنَى رَبُّ العُلُوِ ، فِفِي مَنْعِ ربِّ السُّفْلِ الانْتِفاعَ بالعَرَصَةِ قبلَ أُخْذِ القِيمَةِ احْتِمالان . قلتُ : الأَوْلَى المَنْعُ . واللهُ أعلمُ .

⁽۱ – ۱) زیادة من : ۱ .

على حُرَمِه ، فأشْبَهَ ما لو اطَّلَعَ إليه (') من صِيرِ بابِه أو خَصاصِه ('' ، وقد الشرح الكبير دُلَّ على المَنْعِ مِن ذَلَكَ قُولُ النبيِّ عَلِيْكُ : ﴿ لَوْ أَنَّ رَجُلًا اطَّلَعَ إِلَيْكَ ، فَحَذَفْتَه بِحَصَاةٍ ، فَفَقَأْتَ عَيْنَه ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ ﴾ ('') . ويُفارِقُ الأَسْفَلَ ؛ فَإِنَّ تَصَرُّفَه لا يَضُرُّ بالأَعْلَى ، ولا يَكْشِفُ دارَه .

.....الإنصاف

⁽١) في ق ، م : ﴿ عليه ﴾ .

 ⁽٢) صير الباب : شقه عند ملتقى الرتاج والعضادة . والخصاص : جمع الخصاصة ، وهي الفرجة أو الخلل أو الخزق ، في باب أو غيره .

⁽٣) أخرجه البخارى ، فى : باب من أخذ حقه أو اقتص دون السلطان ، وباب من اطلع فى بيت قوم ... ، من كتاب الآداب . الديات . صحيح البخارى ٩ / ٨ ، ٩ ، ١٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم النظر فى بيت غيره ، من كتاب الآداب . صحيح مسلم ٣ / ١٦٩٩ .

[١١١٦] وَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ حَجْرٌ لِحَقِّ الْغَيْرِ ، نَذْكُرُ مِنْهُ

الشرح الكبير

كِتابُ(١) الحَجْرِ

الحَجْرُ في اللَّغَةِ : المَنْعُ والتَّضْيِيقُ . ومنه سُمِّي الحَرامُ حِجْرًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾ (٢) . أي حَرامًا مُحَرَّمًا . ويُسَمَّى العَقْلُ حِجْرًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي وَيُسَمَّى العَقْلُ حِجْرًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرًا ، أَي عَقْل ، سُمِّي حِجْرًا ؛ لأَنَّه يَمْنَعُ صاحِبَه مِن ارْتِكابِ مِا يَقْبُحُ . وهو في الشَّرَّعِ : مَنْعُ الإِنْسانِ مِن التَّصَرُّفِ في مالِه .

٣٠٠٣ – مسألة: (وهو على ضَرْبَيْن) حَجْرٌ على الْإِنْسَانِ لَحَظِّ نَفْسِه، و (حَجْرٌ لَحَقِّ غيرِه) كالحَجْرِ على المَريضِ فى التَّبَرُّعِ بما زاد على الثُّلُثِ لَحَقِّ الوَرَثَةِ، وعلى العَبْدِ والمُكاتَبِ لَحَقِّ السَّيِّدِ، والرَّاهِنُ يُحْجَرُ عليه فى الرَّهْنِ لَحَقِّ المُرْتَهِنِ. ولمؤلاءِ أَبُوابٌ يُذْكَرُون فيها . ومِن يُحْجَرُ عليه فى الرَّهْنِ لَحَقِّ المُرْتَهِنِ . ولهؤلاءِ أَبُوابٌ يُذْكَرُون فيها . ومِن

الإنصاف

كِتابُ الحَجْر

فَائدَتَانَ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الحَجْرُ عِبَارَةٌ عَن مَنْع ِ الحَاكِم ِ مَن عَلَيه دَيْنٌ حَالٌّ يَعْجِزُ عِنه مالُه المَوْجُودُ مُدَّةَ الحَجْرِ مِنَ التَّصَرُّفِ فيه .

الثَّانيةُ ، قوْلُه : وهو على ضَربَيْن ؛ حَجْرٌ لحَقِّ الغَيرِ . وحَجْرٌ لحَقِّ نَفْسِه .

⁽١) في م : (باب) .

⁽٢) سورة الفرقان ٢٢ .

⁽٣) سورة الفجر ٥ .

الشرح الكبير ذلك (الحَجْرُ على المُفْلِس) لحَقِّ الغُرَماء ، وهو المَذْكُورُ هـ هنا . والمُفْلِسُ : هو الذي لا مالَ له ، ولا ما يَدْفَعُ به حاجَتَه ؛ ولهذا لَمَّا قال النبيُّ عَلَيْكُ لأَصْحَابِه : ﴿ أَتَدْرُونَ مَنِ الْمُفْلِسُ ؟ ﴾ . قالُوا : يارسولَ الله ِ ، المُفْلِسُ فينَا مَن لا دِرْهَمَ له ولا مَتاعَ . قال : « لَيْسَ ذَلِكَ الْمُفْلِسَ ، وَلَكِنَّ الْمُفْلِسَ مَنْ يَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِحَسَناتٍ أَمْثَالِ الجبالِ ، ويَأْتِي وَقَدْ ضَرَبَ هَذَا ، وَلَطَمَ هَذَا ، ('وأكلَ مالَ هذا') ، وأَخَذَ مِنْ عِرْضِ هَذَا ، فَيَأْخُذُ هَذَا مِنْ حَسَناتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فَإِنْ بَقِي عَلَيْهِ شَيْءٌ أَخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِهمْ فَرُدَّ عَلَيْهِ ، ثُمَّ صُكَّ لَهُ صَكَّ إلى النَّارِ » . أُخْرَجَه مسلمٌ بمعْناه (١٠ . فِقُولُهم

فالحَجْرُ لَحَقِّ الغَيرِ ؛ كالحَجْرِ على المُفْلِسِ ، والمَريضِ بما زادَ على الثُّلُثِ ، والعَبْدِ ، والمُكاتَب ، والمُشْتَرى إذا كانَ الثَّمَنُ في البَلَدِ ، على ما تقدُّم في كلام المُصَنِّفِ، في آخرِ فَصْل ِ خِيارِ التَّوْلِيَةِ والرهْنِ (٢) ، والزَّوْجَةِ بما زادَ على الثُّلُثِ في التَّبَرُّع ِ ، على ما يأتِي في الباب . والحَجْرُ لحَظِّ نَفْسِه ؛ كالحَجْرِ على الصَّغِيرِ والمَجْنُونِ ، والسَّفِيهِ . فهذه عَشَرَةُ أَسْبابِ للحَجْرِ . وقال في ﴿ الفُروعِ ﴾ : ولا يَحْجُرُ الحَاكِمُ عَلَى مُقَتِّرٍ عَلَى نَفْسِه وعِيالِه . واخْتَارَ الأَزْجِيُّ ، بلَي . فيكونُ هذا سَبِّبًا آخُرَ ، على قوله .

 ⁽۱ - ۱) زیادة من : م . وهی عند مسلم والإمام أحمد .

⁽٢) في : باب تحريم الظلم ، من كتاب البر . صحيح مسلم ١٩٩٧/٤ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٣/ ٣٣٤ ، ٣٧٢ .

⁽٣) في ا : « الراهن » .

ذلك إخبارٌ عن حَقِيقَةِ المُفْلِسِ ، وقولُ النبيِّ عَلَيْكُ : « لَيْسَ ذَلِكَ (') المُفْلِسَ » [١٨/٤ ط] . تَجَوُّزٌ لم يُرِدْ به نَفْيَ الحَقِيقَةِ ، بل أراد أنَّ فَلَسَ الآخِرَةِ أَشَدُّ وأَعْظَمُ ؛ بحيث يَصِيرُ مُفْلِسُ الدُّنيا بالنِّسْبَةِ إليه كالغَنيِّ . ونَحْوُ هذا قَوْلُه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ ، إنَّمَا الشَّدِيدُ النَّهُ وَلَهُ عَلَيه الصلاةُ والسَّلامُ : « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ ، إنَّمَا الشَّدِيدُ النَّهُ وَلَهُ عَنْ كَثْرَةِ النَّهُ مَ عَنْ كَثْرَةِ الْعَرَضِ ، إنَّمَا الْغِنَى عَنْ كَثْرَةِ الْعَرَضِ ، إنَّمَا الْغِنَى غِنَى النَّفْسِ » ('') . وقولُ الشَّاعِرِ ('') :

لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَاحَ بِمَيْتِ إِنَّمَا المَيْتُ مَيِّتُ الأَحْيَاءِ

قِيلَ : إِنَّمَا شُمِّىَ هَذَا مُفْلِسًا ؛ لأَنَّه لا مَالَ له إِلَّا الْفُلُوسَ ، وهي أَدْنَى أَنُواعِ المَالِ . والمُفْلِسُ في عُرْفِ الفُقَهاءِ : مَن دَيْنُه أَكْثَرُ مِن مَالِه . وسَمَّوْه مُفْلِسًا وإن كان ذا مالٍ ؛ لأَنَّ مَالَه مُسْتَحَقُّ الصَّرْفِ في جِهَةِ دَيْنِه ، فكأنّه مَعْدُومٌ . وقد دَلَّ عليه تَفْسِيرُ النبيِّ عَيِّضَةٍ مُفْلِسَ الآخِرَةِ ، فإنَّه أَخْبَرَ أَنَّ له حَسَناتٍ أَمثالَ الجِبالِ ، لكنَّها لا تَفِي بما عليه ، فقُسِمَتْ بينَ الغُرَماءِ ، له حَسَناتٍ أَمثالَ الجِبالِ ، لكنَّها لا تَفِي بما عليه ، فقُسِمَتْ بينَ الغُرَماءِ ،

الإنصاف

⁽١) في الأصل ، ر: (ذلكم) .

⁽٢) تقدم تخريجه في ٢١١/٧ .

⁽٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الغنى غنى النفس ، من كتاب الرقاق . صحيح البخارى ١١٨/٨ . ومسلم ، فى : باب ليس الغنى عن كثرة العرض ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢٢٦/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الغنى عنى النفس ، من أبواب الزهد . عارضة الأحوذى ٢٢١/٩ . وابن ماجه ، فى : باب القناعة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢/٢ ١٥ . والإمام أحمد ، فى المسند : ٢٢١/ ٢٤٣/٢ ، ٢١٥ ، ٣٩٠ ، ٣٩٠ ، ٤٤٣ ، ٤٣٨ ، ٤٤٣ ، ٥٤٠ ، ٥٣٩ ،

⁽٤) نسب ابن منظور البيت، في اللسان (م و ت)، إلى عدى بن الرعلاء الغساني، أحد بني عمر و بن مازن، والرعلاء أمه، وكذلك نسبه ابن يعيش في: شرح المفصل ٩/١٠٠. ونسبه ياقوت، في معجم الأدباء ٢/١٢ إلى صالح بن عبد القدوس.

المنه وَمَنْ لَزَمَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يُطَالَبْ بِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ ، وَلَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ . فَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا يَحِلُّ الدَّيْنُ قَبْلَ مُدَّتِهِ ، فَلِغَرِيمِهِ مَنْعُهُ ، إِلَّا أَنْ يُوَتُّقَهُ بِرَهْنِ أَوْ كَفِيلٍ.

الشرح الكبير وبَقِي لا شيءَ له . ويَجُوزُ أن يَكُونَ سُمِّيَ بذلك ؛ لِما يَتُولُ إليه مِن عَدَم مالِه بعدَ وَفاءِ دَيْنِه . ويَجُوزُ أَن يَكُونَ سُمِّيَ بذلك ؛ لأنَّه يُمْنَعُ مِن التَّصَرُّفِ في مالِه ، إِلَّا الشيءَ التَّافِهَ الذي لا يَعِيشُ إِلَّا به ، كَالْفُلُوسِ .

٤ • ١٩ - مسألة : (ومَنْ لَزِمَه دَيْنٌ مُوَّجَّلٌ ، لم يُطالَبْ به قبلَ أَجَلِه) لأَنَّه لا يَلْزَمُه أَداؤُه (و لم يُحْجَرْ عليه مِن أَجْلِه) لأَنَّه لا يَسْتَحِقُّ المُطالَبَةَ به ، فلم يَجُزْ مَنْعُه مِن التَّصَرُّفِ في مالِه بسَبَبه . فإن كان بعضُ دَيْنِه مُوَّجَّلًا ، وبعضُه حالًا ، وكان مالُه يَفِي بالحالِّ ، لم يُحْجَرْ عليه أَيْضًا . وقال بعضُ أَصْحَابِ الشافعيِّ : إِن ظَهَرَتْ أَمَارِاتُ الفَلَسِ ؛ لكَوْنِ مَالِه بإزاء دَيْنِه ، ولا نَفَقَةَ له إِلَّا مِن مالِه ، حُجر عليه في أَحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ مالَه يَعْجِزُ عن دُيُونِه ، فهو كما لو كان مالُه ناقِصًا . وَلَنا ، أنَّ مالَه وافِّ بمَا يَلْزَمُه أَدَاؤُه ، فلم يُحْجَرْ عليه ، كما لو لم تَظْهَرْ أَمَارَاتُ الفَلَس ، ولأنَّ الغُرَماءَ لا يُمكِنُهم طَلَبُ حُقُوقِهم في الحالِ ، فلا حاجَةَ إلى الحَجْرِ .

 ١٩٠٥ – مسألة : (فإن أراد سَفَرًا يَحِلُّ الدَّيْنُ قبلَ مُدَّتِه ، فلِغَريمِه مَنْعُه ، إِلَّا أَن يُوَثِّقَهُ برَهْنِ أَو كَفِيلٍ ﴾ وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المَدِينَ إذا أراد

تنبيه : قَوْلُه : فَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا يَحِلُّ الدَّيْنُ قَبَلَ مُدَّتِه ، فَلَغَريمِه مَنْعُه ، إِلَّا أَنْ يُوَثُّقَه برَهْنَ يِهِ أَوْ كَفِيل يَ بلا نِزاع يِ لكِنْ مِن شَرْطِ الكَفِيل ِ ، أَنْ يكونَ مَلِيتًا . ذكرَه الأصحابُ . وهو واضِحٌ .

السُّفَرَ ، وأَرَاد غَرِيمُه مَنْعَه ، نَظَرْنا ؛ فإن كان مَحِلُّ الدَّيْنِ قبلَ مَحِلِّ قُدُومِه مِن السَّفَرِ ، كَمَن يُسافِرُ إِلَى الحَجِّ لا يَقْدَمُ إِلَّا في صَفَر ، ودَيْنُه يَحِلُّ في المُحَرُّم ، فله مَنْعُه مِن السَّفَر ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا في تَأْخِيرٍ حَقَّه عن مَحِلّه . فإن أقام ضَمِينًا مَلِيئًا ، أو دَفَع رَهْنًا يَفِي بالدَّيْنِ عندَ المَحِلِّ ، فله السَّفَرُ ؟ لزَوالِ الضَّرَرِ بذلك .

١٩٠٦ – مسألة : (فإن كان لا يَحِلُّ) الدَّيْنُ (قبلَه ، ففي مَنْعِه رِوايَتانِ ﴾ أمَّا إذا كان الدَّيْنُ لا يَحِلُّ إلَّا بعدَ مَحِلِّ السَّفَر ، مثلَ أن يَكُونَ مَحِلَّه في رَبيعٍ ، وقُدُومُه في صَفَر ، فإن كان سَفَرُه إلى الجهاد ، فلعَريمِه مَنْعُه إِلَّا بِضَمِين ِ أُو رَهْن ِ ؟ لأنَّه سَفَرٌ يَتَعَرَّضُ فيه لذَهَابِ النَّفْسِ ، فلا يَأْمَنُ فُواتَ [٩٩/٤] الحَقِّ . وإن كان لغيرِ الجِهادِ ، فليس له مَنْعُه ، في إحْدَى الرُّوايَتَيْن . وهو ظاهِرُ كلام الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّ هذا السَّفَرَ ليس بأمارةٍ على مَنْع ِ الحَقِّ في مَحِلُّه ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَه منه ، كالسَّفَرِ القَصِيرِ ، وَ كَالسُّعْيِ إِلَى الجُمُعَةِ . والثانيةُ ، له مَنْعُه ؛ لأنَّ قُدُومَه عندَ المَحِلِّ غيرُ

قوله : وإنْ كان لا يَحِلُّ قبلَه ، ففي مَنْعِه رِوايَتان . وأَطْلَقَهما في « المُغْنِي » ، الإنصاف و « خِصالِ ابنِ البَنَّا » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى » ، و ﴿ الزَّرْكَشِيُّ ﴾ ، وغيرِهم ؛ إحداهما ، له مَنْعُه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال ف « الفُروعِ » : فله مَنْعُه على الأَصَحِّ . وصحَّحَه في « التَّصْحيحِ » . وجزَم به ف « البُلْغَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . واختارَه ابنُ عَبْدُوسٍ في « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه في « المُحَرَّر » . قال في « المُذْهَب » : مُنِعَ في ظاهر

الشرح الكبير مُتَيَقَّنِ ولا ظاهِر ، فمَلَكَ مَنْعَه منه ، كالأوَّل . وقال الشافعيُّ : ليس له مَنْعُه مِن السَّفَرِ ولا المُطالَبَةُ بكَفِيلٍ ، إذا كان الدَّيْنُ مُوَّجَّلًا ، بحالٍ ، سَواءٌ كان الدُّيْنُ يَجِلُّ قبلَ مَحِلِّ سَفَرِه أو لا ، إلى الجِهادِ أو إلى غيرِه ؛ لأنَّه لا

الإنصاف المذهبِ. والثَّانيةُ ، ليس له مَنْعُه . وهو ظاهرُ كلام ِ الخِرَقِيِّ ، و « العُدَّةِ » . وانْحتارَه القاضي . وقدُّمه في « الخُلاصَةِ » ، و « الهدايَةِ » َ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْنَ » ، و « النَّظْم ِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

تنبيه : ظاهرُ كلام المُصَنِّف ، أنَّ الرِّوايتَيْن في السَّفَرِ ، سواءٌ كان مَخُوفًا أو غيرَ مَخُوفٍ. وهو ظاهرُ كلامِه في « الهدايَّةِ » ، و « الكافِسي » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وْلعَلَّه الصَّوابُ . ومحَلُّهما عندَ صاحِبِ « الفُروعِ » ، إذا كان السَّفَرُ مَخُوفًا ، كالجِهادِ ونحوه . وحكى في السَّفَرِ غيرِ المَخُوفِ وَجْهَين . قال في « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوى الصَّغير » : فإنْ أرادَ سفَرًا مُدَّةً قبلَ أَجَلِ الدَّيْنِ ، جازَ كالجهاد ِ . وأَدْخَلَ صاحِبُ ﴿ الواضِحِ ﴾ فِ السَّفَرِ المَخُوفِ ، الحَجَّ . ومحَلَّهما عندَ المُصَنِّفِ و « المُغْنِي » ، وابن البِّنَّا ، وصاحِبِ « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّر » ، و « النَّظْم » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « الحاوِى الكَبيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، في غيرِ الجِهادِ ، (افأمَّا في الجِهادِ () ، فيُمْنَعُ ، حتى يُوَثِّقُه برَهْنِ أو ضَمِينٍ ، على رِوايَةٍ واحِدَةٍ . وظاهرُ كلامِه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، أنَّ محَلَّ الخِلافِ في غيرٍ الجهَادِ ، وأنَّ الجهادَ لا يُمْنَعُ منه ، قوْلًا واحِدًا ؛ لأنَّه قال : ومَن عليه دَيْنٌ مُوَّجَّلٌ ، فله السَّفَرُ دُونَ أَجَلِه . وعنه ، لا يُسافِرُ غيرُ مُجاهِدٍ ، حتى يأْتِيَ برَهْنِ أو ضَمِينٍ .

⁽١ - ١) فى الأصل ، ط : « وأما الجهاد » .

المقنع

الشرح الكبير

يَمْلِكُ المُطالَبَةَ بالدَّيْنِ ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَه مِن السَّفَرِ ولا المُطالَبَةَ بكَفيلٍ ، كَالسُّفَرِ الآمِنِ القَصِيرِ . ولَنا ، أنَّه سَفَرٌ يَمْنَعُ اسْتِيفاءَ الدَّيْنِ في مَحِلُّه ، فَمَلَكَ مَنْعَه منه إذا لم يُوَثِّقُه برَهْنِ أو كَفِيلِ ، كالسَّفَرِ بعدَ حُلُولِ الحَقِّ ، ولأنَّه لا يَمْلِكُ تَأْخِيرَ الدَّيْنِ عن مَحِلُّه ، وفي السَّفَرِ المُخْتَلَفِ فيه تَأْخِيرُه عن مَحِلُّه ، فلم يَمْلِكُ ، كَجَحْدِه (١) .

وتقدَّم كلامُه في « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوى الصَّغِيرِ » ، فإنَّ ظاهِرَه الإنصاف كذلك . فلَعلُّهما أرادا إذا تعَيَّنَ عليه ، وإلَّا فبَعيدٌ . وقد تقدُّم في أوَّل كتاب الجهاد ، أَنَّه لا يُجاهِدُ مَن عليه دَيْنٌ لا وَفاءَ له ، إلَّا بإذْنِ غَريمِه . على الصَّحيحِ . وذكرْنا هناك الخِلافَ ، وأنَّ لنا قوْلًا : لا يَسْتَأْذِنُه في الجهادِ إذا كان الدَّيْنُ مُؤَّجَّلًا . وقَوْلًا : إذا كان المَدْيُونُ جُنْديًّا مَوْثُوقًا به ، لا يَسْتَأْذِنُه ، ويَسْتَأْذِنُه غيرُه . ومَحَلُّهما عندَ المُصَنِّفِ أيضًا ، والشَّارِحِ ، وجماعَةٍ ، إذا كانَ السَّفَرُ طَوِيلًا ؛ لأنَّهم علَّلُوا روايَةَ عدَم المَنْع ِ ، فقالُوا : لأنَّ هذا السَّفَرَ ليس بأمارَةٍ على مَنْع ِ الحَقِّ في مجلِّه ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَه منه ، كالسَّفَرِ القَصِيرِ . ولعَلَّه أَوْلَى . فهذه سِتُّ طُرُقٍ في محَلِّ الخلاف.

> فائدتان ؛إحداهما ، اختارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، أنَّ مَن أرادَ سفَرًا ، وهو عاجِزٌ عن وَفاءِ دَيْنِه ، أنَّ لَغَرِيمِه مَنْعَه حتى يُقِيمَ كَفِيلًا ببَدَنِه . قال في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ : وهو مُتَّجةً . قلتُ : مِن قُواعِدِ المذهب ، أنَّ العاجز عن وَفاء دَّينه ، إذا كان له حِرْفةً ، يُلْزَمُ بإيجارِ نَفْسِه لقَضاءِ الدَّيْنِ . فلا يبْعُدُ أَنْ يُمْنَعَ ؛ ليَعْمَلَ . الثَّانيةُ ، لو طُلِبَ منه دَيْنٌ حالٌّ يقْدِرُ على وَفائِه ، فسافَرَ قبلَ وَفائِه ، لم يَجُزْ له أَنْ يَترَخُّصَ . على الصَّحيح

⁽١) في م: (كحجره).

الله وَإِنْ كَانَ حَالًا ، وَلَهُ مَالٌ يَفِي بِهِ ، لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ ، وَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِوَفَائِهِ ، فَإِنْ أَبَى حَبَسَهُ .

الشرح الكبير

١٩٠٧ – مسألة : (وإن كان حالًا ، وله مالَّ يَفِي به ، لم يُحْجَرْ عليه) لعَدَم ِ الحاجَة إلى ذلك (ويَأْمُرُه الحَاكِمُ بوَفائِه ، فإن أَبَى حَبَسَه) لْقَوْل رَسُولِ اللهِ عَلَيْكُ : ﴿ لَيُّ الْوَاجِدِ ، يُجِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَه ﴾ . رَواهُ (الإمامُ أحمدُ في ﴿ المُسْنَدِ ﴾ ' فعُقُوبَتُه حَبْسُه ، وعِرْضُه أن يُغْلِظَ له ، فَيَقُولُ له : يا ظالِمُ ، يا مُتَعَدِّي . ونحوَ ذلك .

الإنصاف مِنَ المذهبِ . وقيل : يجوزُ . وإنْ لم يُطْلَبْ منه الدَّيْنُ الحالُّ ، أو يجلُّ في سفَره . قَقِيلَ : له القَصْرُ والتَّرَنُّحصُ ؛ لِعَلَّا يُحْبَسَ قِبلَ ظُلْمِه ، كَخَبْسِ الحاكم ِ . وقيل : لا يجوزُ له ذلك إلَّا أنْ يُوَكِّلَ في قَضائِه ؛ لِتَلَّا يَمْنَعَ به واجبًا . ذكر هذَين الوَجْهَين ابنُ عَقِيلٍ . وأطْلَقَهما في « القاعِدَةِ الثَّالِئَةِ والخَمْسِين » ، وأطْلَقَهما ابنُ تَمِيمٍ في بابِ قَصْرِ الصَّلاةِ ، وكذا ابنُ حَمْدانَ . وقيل : إنْ سافَرَ وَكِيلٌ في القَضاءِ ، لم يتَرَخُصْ . قلتُ : يحْتَمِلُ أَنْ يُبْنَى الخِلافُ هنا على الخِلافِ في وُجوبِ الدَّفْعِ قبلَ الطُّلَبِ وعدَمِه ، على ما تقدُّم في آخِرِ بابِ القَرْضِ [٢/ ١٣٤ خ] . والمذهبُ ، لا يجبُ قبلَ الطُّلَبِ ، فله القَصْرُ . وأَطْلَقَهُنَّ في ﴿ الفُروعِ ﴾ .

قوله : وإنْ كان حَالًّا ، وله مَالٌ يَفِي به ، لم يُحْجَرْ عليه ، ويَأْمُرُه الحاكِمُ بوَفائِه ،

⁽۱ - ۱) في م: وأحمد ، .

والحديث في : المسند ٣٨٨/٤ ، ٣٨٩ . كما أخرجه البخاري ، في : باب لصاحب الحق مقال ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخاري ١٥٥/٣ . وأبو داود ، في : باب في الحبس بالدين وغيره ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٨٢/٢ . والنسائي ، في : باب مطل الغني ، من كتاب البيوع . المجتبي ٢٧٨/٧ . وابن ماجه ، في : باب الحبس في الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ١١/٢ .

٨ • ٩٩ - مسألة : (فإن أَصَرَّ باعَه الحاكِمُ وقَضَى دَيْنَه)وجُمْلَتُه ، السرح الكبر أنَّ الغَرِيمَ إذا حُبِس فصَبَرَ على الحَبْسِ ، و لم يَقْضِ الدَّيْنَ ، قَضَى الحاكِمُ دَيْنَه مِن مالِه . وإنِ احْتاجَ إلى بَيْع ِ مالِه فى قَضاءِ دَيْنِه ، باعَه وقَضَى دَيْنَه . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ ، وأبي يُوسُفَ ، ومحمدٍ . وقال أبو حنيفة : ليس

فإنْ أَبَى ، حَبَسَه . القَوْلُ بالحَبْس ، اخْتارَه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم ، الإنصاف وعليه العَمَلُ . وهو الصَّوابُ . ولا تخْلُصُ الحُقوقُ في هذه الأَزْمِنَةِ غالِبًا إلَّا به ، وبما هو أَشَدُّ منه . وقال ابنُ هُبَيْرَةَ في « الإفصاح » : أوَّلُ مَن حَبَس على الدَّيْن ، شُرَيْحٌ القاضي ، ومضَتِ السُّنَّةُ في عَهْدِ النَّبِيِّ عَيْقِالَهُ ، وأبي بَكْرٍ ، وعمرَ ، وعثمانَ ، وعلى ، أنَّه لا يُحْبَسُ على الدَّيونِ ، لكِنْ يتَلازَمُ (١) الخَصْمان . وأمَّا الحَبْسُ الآنَ على الدَّيْن ، فلا أعْلَمُ أنَّه يجوزُ عندَ أحَدٍ مِنَ المُسْلِمِين . وتكلَّمَ على ذلك وأطالَ . ذكرَه في « الفُروع ِ » ، و « الطَّبَقاتِ » .

فائدة : إذا حُبِسَ ، فليس للحاكِم إخراجُه حتى يَتَبَيَّنَ له أَمْرُه ، أُو يُبَرُّنَه غَرِيمُه ، أُو يَرْضَ غَرِيمُه ؛ أُو يَرْضَى بإخراجِه . فإذا تبَيَّنَ أَمْرُه ، لم يسَع ِ الحاكِمَ حَبْسُه ، ولو لم يَرْضَ غَرِيمُه ؛ لأَنَّه ظُلْمٌ مَحْضٌ .

قوله: فإنْ أَصَرَّ ، باعَ مالَه ، وقضَى دَيْنَه . إذا أَصَرَّ على الحَبْسِ ، فقال المُصَنِّفُ هنا : يَبِيعُ الحاكِمُ مالَه ، ويقْضِى دَيْنَه ، مِن غيرِ ضَرْبٍ (٢٠) . قال في « الفائقِ » :

⁽١) في الأصل ، ط: ﴿ لايتلازم ﴾ .

⁽٢) في الأصل ، ط: « ضرر » .

الشرح الكبير للحاكِم ِ بَيْعُ مالِه ، لكنَّه يُجْبِرُه على البَيْع ِ إذا لم يُمْكِن ِ الإِيفاءُ بدُونِه ، فَإِنِ امْتَنَعَ لَمْ يَبِعْه الحَاكِمُ ، وإنَّما يَحْبِسُه ليَبيعَ بنَفْسِه ، إلَّا أن يكُونَ عليه أَحَدُ النَّقْدَيْنِ ، ومالُه مِن النَّقْدِ الآخَر ، فيَدْفَعُ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ عن الآخَر ؛ لأُنَّهُ رَشِيدٌ لا وِلاَيَةَ عليه ، فلم يَجُزْ بَيْعُ مالِه بغيرِ إِذْنِه ، كالذي لادَيْنَ عليه . وَلَنَا ، ('مَا رُوَى كَعْبُ بِنُ مَالِكٍ ' ، أَنَّ النبيُّ عَيْثِكَ حَجَرِ عَلَى مُعَاذٍ ، وباع مَالَهُ فِي دَيْنِهِ . رَواهُ الخَلَّالُ بإِسْنادِهْ (٢) . ورُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، أنَّه خَطَبَ النَّاسَ ، وقال : ألا إنَّ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ قد رَضِيَ مِن دِينِه

الإنصاف أبي الضُّرْبَ الأَكْثَرُون . وقال جماعةٌ مِنَ الأصحاب : إذا أَصَرُّ على الحَبْسِ ، وصبَر عليه ، ضرَبَه الحاكِمُ . نقَلَه حَنْبَلٌ . ذكرَه عنه في « المُنْتَخَب » وغيره . قال في « الفُصولِ » وغيره : يَحْبسُه ، فإنْ أَبَى ، عزَّرَه . قال : ويُكَرِّرُ حَبْسَه وتَعْزيرَه حتى يَقْضِيَه . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّين : نصَّ عليه الأئمَّةُ مِن أصحاب أحمدَ وغيرهم ، ولا أَعْلَمُ فيه نِزاعًا ، لكِنْ لا يُزادُ في كلِّ يَوْم على أكثرِ التَّعْزيرِ ، إنْ قِيلَ بتَقْديرِه . انتهى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، متى باعَ الحاكِمُ عليه ، فقال في « الفُروع ِ » : ذكَر جماعَةٌ أَنَّهُ يُحْبَسُ ، فإنْ لم يَقْضِه ، باعَ الحاكِمُ وقَضاه . فظاهِرُه ، يجِبُ على الحاكِم بَيْعُه . نَقَل حَنْبَلٌ ، إذا تَقاعَدَ بحُقوقِ النَّاسِ ، يُباعُ عليه ، ويُقْضَى . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لا يَلزَمُه أَنْ يَبِيعَ عليه . وقال أيضًا : مَن طُولِبَ بأداءِ حقٌّ عليه ، فطَلَب

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

⁽٢) وأخرجه البيهقي ، في : باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، من كتاب التفليس . السنن الكبري

[.] والدارقطني ، في : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٣١/٤ .

المقنع

وأمانَتِه بأن يُقالَ: سَبَقَ الحاجَّ. فادّانَ مُعْرِضًا ، فأصْبَحَ وقد رِينَ به (۱) ، الشرح الكبير فَمَن كان له عليه مالٌ فليَحْضُرْ غَدًا ، فإنّا بائِعو مالِه وقاسِمُوه بينَ غُرَمائِه (۱). ولأنّه مَحْجُورٌ عليه ، مُحْتاجٌ إلى قَضاءِ دَيْنِه ، فجازَ بَيْعُ مالِه بغيرِ رِضاه ، كالصَّغيرِ والسَّفِيهِ ، ولأنّه نَوْعُ مالٍ ، فجاز بَيْعُه فى قَضاءِ دَيْنِه ، كالأَثْمانِ ، كالطَّغيرِ والسَّفِيهِ ، ولأنّه نَوْعُ مالٍ ، فجاز بَيْعُه فى قَضاءِ دَيْنِه ، كالأَثْمانِ ، [٤/٩٩٤] وقِياسُهم يَبْطُلُ بَيْعِ ِ الدَّراهِمِ بالدَّنانِيرِ .

الإنصاف

إِمْهَالًا ، أَمْهِلَ بِقَدْرِ ذلك اتّفاقًا ، لكِنْ إذا خافَ غَرِيمُه منه ، احتاطَ عليه بمُلازَمة ، أو كَفِيل ، أو تَرْسيم عليه . الثّانية ، لو مطَل غَرِيمَه حتى أَحْوَجَه إلى الشّكايَة ، فما غَرِمَه بَسَبَبِ ذلك يَلزَمُ (٢) المُماطِلَ . جزَم به في « الفُروع ِ » . قالَه الشَّيخُ تَقِيُّ الدّينِ أيضًا . قلتُ : ونظِيرُ ذلك ماذكرَه المُصَنّفُ ، والأصحابُ ، في باب استيفاءِ القيصاص ، في أثناءِ فَصْل ، ولا يُسْتَوْفَى القِصاصُ إلَّا بحَضْرَةِ السُّلُطانِ . ثم قال : القِصاص ، في أثناءِ فَصْل ، وإنِ احْتاجَ إلى أُجْرَة ، فمِن مالِ الجانيي . وكذا أُجْرَة ، وإلَّا أَمْرَه ، بالتَّوْكِيل ، وإنِ احْتاجَ إلى أُجْرَة ، فمِن مالِ الجانيي . وكذا أُجْرَة التَّعْلَع في السَّرقة على السَّارِق . وقال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، في باب مِن الدَّعاوَى : وإنْ أَحْضَرَ المُدَّعَى به ، و لم يَثْبُتْ للمُدَّعِي ، لَزِمَه مُؤْنَةُ إحْضارِه ورَدِّه ، وإلَّا لَزِما المُنْكِرَ . وتقدَّم كلامُ الشَّيخ تَقِي الدِّينِ في الضَّمانِ ، إذا تَغَيَّبَ المَضْمونُ وإلَّا لَزِما المُنْكِرَ . وتقدَّم كلامُ الشَّيخ تَقِي الدِّينِ في الضَّمانِ ، إذا تَغَيَّبَ المَضْمونُ عنه عنه عَرِمَ الضَّامِنُ شيئًا بسَبِه ، أو أَنْفَقَه في الحَبْس ، أَنَّه يَرْجِعُ به على المَضْمونِ عنه عنه . وقال أيضًا : لو غَرِمَ بسَبَب كَذِب عليه عندَ ولِي ّالأَمْرِ ، رجَع به على الكاذِب . عنه . وقال أيضًا : لو غَرِمَ بسَبَب كَذِب عليه عندَ ولِي ّالأَمْرِ ، رجَع به على الكاذِب . في أوائل الفَصْل الأَوَّل ، مِن كتاب الغَصْب .

⁽١) رين به : أحاط الدين بماله .

⁽٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب جامع القضاء وكراهيته ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢٧٠/٢ .

⁽٣) فى الأصل ، ط : « فلا يلزم » . انظر : الفروع ٤/ ٢٩٢ . ومجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/ ٢٥ .

⁽٤ - ٤) في الأصل ، ط: « والأمر » .

المنع وَإِنِ ادَّعَى الْإِعْسَارَ ، وَكَانَ دَيْنُهُ عَنْ عِوَضِ ، كَالْبَيْع ِ وَالْقَرْضِ ، أَوْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ ، حُبِسَ ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى نَفَادِ مَالِهِ وَإِعْسَارِهِ . وَهَلْ يَحْلِفُ مَعَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، حَلَفَ وَخُلِّي سَبيلُهُ .

الشرح الكبير

٩ • ١٩ - مسألة : ﴿ وَإِنِّ ادَّعَى الْإِغْسَارَ ، وَكَانَ دَيْنُهُ عَنْ عِوْضٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْقُرْضِ ، أَوْ عُرِفَ له مالْ سَابِقٌ ، حُبِس ، إِلَّا أَن يُقِيمَ البِّيُّنةَ على نَفادِ مالِه وإعْسارِه . وهل يَحْلِفُ معها ؟ على وَجْهَيْن . وإن لم يكنْ كذلك ، حَلَف وخُلِّيَ سَبِيلُه) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّ مَن وَجَب عليه دَيْنٌ حالٌّ ، فطُولِبَ به ، فلم يُؤدُّه ، فإن كان في يَدِه مالٌ ظاهِرٌ ، أَمَرَه الحاكِمُ بالقَضاءِ . وإن لم يَظْهَرْ له مالٌ ، فادَّعَى الإعْسارَ ، فصَدَّقَه غَريمُه ، لم

قوله : وإنِّ ادَّعَى الإعْسارَ ، وكان دَيْنُه عن عِوَضٍ ، كالبِّيْع ِ والقَرْضِ ، أو عُرِفَ له مَالٌ سابِقٌ ، حُبِسَ ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيُّنَةَ على نَفادِ مَالِه ، أو إعْسَارِه ، وهل يَحْلِفُ معها ؟ على وَجْهَيْن . إذا ادَّعَى الإعْسارَ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يَكُونَ دَيْنُه عن عِوَضٍ ، أُو يُعْرَفُ له مال سابتي ، أو غير ذلك . فإنْ كان دَيْنُه عن عِوضٍ ؟ كالبَيْعِ ، والقَرْضِ ، ونحوِهما ، والغالِبُ بَقاؤُه ، أو عن غيرِ مالٍ ، كالضَّمانِ ، ونحوِه ، وأقرَّ أَنَّهُ مَلِيءٌ، أَو عُرِفَ له مالٌ سابِقٌ ، لم يُقْبَلْ قُوْلُه إِلَّا بَبَيِّنَةٍ . ثم إِنَّ البَيِّنَةَ لا تَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ تَشْهَدَ بِنَفَادِ مَالِه ، أَو إعْسَارِه . فإنْ شَهِدَتْ بِنَفَادِ مَالِه أَو تَلْفِه ، حلَّف معها ، على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، أنْ لا مالَ له في الباطِن ِ . قال في ﴿ الفُّروع ِ ﴾ ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ويَحْلِفُ معها على الأصحِّ . قال في « الفائقِ » : حلَف معها في أصحِّ الوَجْهَيْن . وجزَم به في « الكافِي » ، و « التَّلْخيصِ » ،

يُحْبَسْ ، ووَجَب إِنْظَارُه ، ولم يَجُوْ مُلازَمَتُه ؛ لَقُوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرةٍ وَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرةٍ ﴾ (١) . ولقَوْلِ النبيِّ عَلِيْكَ لِغُرَماءِ الذي كَثُر دَيْنُه : ﴿ خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ ﴾ (١) . ولأنَّ الحَبْسَ كَثُر دَيْنُه : ﴿ خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ ﴾ (١) . ولأنَّ الحَبْسَ المَا أَن يَكُونَ لِإِثْبَاتِ عُسْرَتِه أُولقضاءِ دَيْنِه ، وعُسْرَتُه ثابِتَةٌ والقَضاءُ مُتَعَذِّر ، ولا فائِدَة في الحَبْسِ . فإن كَذَّبُه غَرِيمُه ، فلا يَخْلُو ؛ إمّا أَن يَكُونَ عُرِف له مالٌ أو لم يُعْرَف ، فإن عُرِف له مالٌ ؛ لكُوْنِ الدَّيْنِ ثَبَتَ عن مُعاوَضَةٍ ، كَالقَرْضِ والبَيْع ِ ، أو عُرِف له أَصْلُ مالٍ سِوَى هذا ، فالقَوْلُ قولُ غَرِيمِه مع يَمِينِه . فإذا حَلَفَ أَنَّه ذو مالٍ ، حُبِس حتى تَشْهَدَ البَيِّنَةُ بإعْسَارِه . مع يَمِينِه . فإذا حَلَفَ أَنَّه ذو مالٍ ، حُبِس حتى تَشْهَدَ البَيِّنَةُ بإعْسَارِه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَكْثَرُ مَن نَحْفَظُ عنه مِن عُلَماءِ الأَمْصَارِ وقُضَاتِهِم يَرُون قال ابنُ المُنْذِرِ : أَكْثَرُ مَن نَحْفَظُ عنه مِن عُلَماءِ الأَمْصَارِ وقُضَاتِهِم يَرُون الحَبْسَ في الدَّيْنِ ؛ منهم مالِكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو عُبَيْد ، والتَّعْمانُ ، ومُبَيْدُ اللهُ بنُ الحَسَنِ . ورُوى عن شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِيِّ . وكان وسَوّارٌ ، وعُبَيْدُ اللهُ بنُ الحَسَنِ . ورُوى عن شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِيِّ . وكان

و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى الإنصاف « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » . والوَجْهُ الثَّانِي ، لا يَحْلِفُ مع بَيِّنَةٍ هنا . وإنْ شَهِدَتْ بإغسارِه ، فلابُدَّ أنْ تكونَ البَيِّنَةُ ممَّن يُخْبِرُ باطِنَ حالِه ؛ لأَنَّها شَهادَةً

⁽١) سورة البقرة ٢٨٠ .

⁽٢) أخرجه مسلم ، فى : باب استحباب وضع الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩١/٣ . وأبو داود ، فى : باب وضع الجائحة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٥/٣ . والنسائى ، فى : باب وضع الجوائح ، وفى : باب الرجل يبتاع البيع فيفلس ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٣/٧ ، ٢٧٥ . وابن ماجه ، فى : باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢٨٩/٢ .

عُمَرُ بنُ عبدِ العَزيز يَقُولُ: يُقْسَمُ مالُه بينَ الغُرَماء ، ولا يُحْبَسُ. وبه قال عبيدُ الله(ِ'' بنُ أَبِي جَعْفَر ، واللَّيْثُ بنُ سعدٍ . ولَنا ، أنَّ الظَّاهِرَ قُولُ الغَرِيمِ ، فكان القَوْلُ قَوْلُه ، كسائِرِ الدَّعاوَى . فإن شَهدَتِ البَّيُّنةُ بتَلَفِ مالِه ، قُبلَتْ شَهادَتُهُم ، سَواءٌ كانت مِن أهلِ الخِبْرَةِ الباطِنَةِ ، أو لم تَكُنْ ؟ لأنَّ التَّلَفَ يَطَّلِعُ عليه أَهْلُ الخِبْرَةِ وغيرُهم . وإن طَلَب الغَرِيمُ إحْلافَه على ذلك ، لم يُجَبْ إليه ؛ لأنَّه تَكْذِيبٌ للبَيِّنةِ ، وإن شَهِدَتْ مع ذلك بالإعْسار ، اكْتُفِيَ بشَهادَتِها(٢) ، وثَبَتَتْ عُسْرَتُه ، وإن لم تَشْهَدْ إلَّا بالتَّلَفِ، وطَلَبَ الغَرِيمُ يَمِينَه على عُسْرَتِه ، وأنَّه ليس له مالَّ آخَرُ ، اسْتُحْلِفَ على ذلك ؛ لأنّه غيرُ ما شَهدَتْ به البَيّنةُ . وإن لم تَشْهَدْ بالتَّلَفِ ، وإنَّما شَهِدَتْ بالإعْسارِ ، لم تُقْبَلِ الشُّهادَةُ إِلَّا مِن ذي خِبْرَةٍ باطِنَةٍ ؛ لأنَّ هذا في الأمُورِ الباطِنَةِ ، لا يَطِّلِعُ عليه في الغَالِب إِلَّا أَهْلُ الخِبْرَةِ والمُخالَطَةِ . وهذا مَذَهَبُ الشافعيِّ . وحُكِيَ عن مالِكِ أنَّه قال : لا تُسْمَعُ البَيِّنَةُ على

الإنصاف على نَفْي ، قُبِلَتْ للحاجَةِ ، ولا حَلِفَ معها . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب ، وهو ظاهرُ كلام الإمام أحمدَ . قال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروع ِ » : ولم يَحْلِفْ معها ، على الأصحِّ ؛ لقَلَّا يكونَ [٢/ ١٣٥٥] مُكَذِّبًا لبَيِّنتِه . وجزَم به في « الكافِي » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاويَيْن » . وقدَّمه

⁽١) في م: «عبد الله ».

وهو عبيد الله بن أبي جعفر يسار أبو بكر ، المصرى الفقيه ، مولى بني كنانة ، ثقة عالم عابد ، ولد سنة ستين ، وتوفى سنة ست وثلاثين ومائة . تهذيب التهذيب ٧/٥ ، ٦ .

⁽Y) في م: « بشهادتهما » .

الإعْسارِ ؛ لأنَّها شَهادَةٌ على النَّفْي ، فلم تُسْمَعْ ، كما لو شَهدَتْ على(١) أنَّه لا دَيْنَ عليه . ولَنا ، ما روَى قَبيصَةُ بنُ [١٠٠/٤] المُخارقِ ، أنَّ النبيُّ عَلِيلِهِ قال : « يَا قَبِيصَةُ ، إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا لِأَحَدِ ثَلَاثَةِ ؛ رَجُلٌ تَحَمَّلَ حَمَالَةً ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَها(٢) ثُمَّ يُمْسِكُ ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فاجْتَاحَتْ مَالَه ، فحَلَّتْ له المَسْأَلَةُ حتى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْش -أُو قال – سِدَادًا مِنْ عَيْشِ ، ورَجُلٌ أَصَابَتْه فَاقَةٌ حَتَّى يَقُولَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِى^(٣) الْحِجَا مِنْ قَوْمِه : لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ . فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشِ - أو قال - سِدَادًا مِنْ عَيْشِ » . رَواه

في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ . والوَجْهُ الثَّانِي ، يحَلِفُ معها . وذكر ابنُ أبِي الإنصاف مُوسى ، عن بعض الأصحاب ، أنَّه يَحْلِفُ مع بَيُّتِه أنَّه مُعْسِرٌ ؛ لأنَّها تَشْهَدُ بالظّاهر.

> فوائد ؛ إحداها ، يُكْتَفَى في البَيِّنَةِ أَنْ تَشْهَدَ بالتَّلَفِ ، أو بالإعْسار . على الصَّحيح مِنَ المذهب . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المُحَقَّقُ ؛ وِفاقًا للمَجْدِ وغيرِه . قلتُ : و جزَم به المُصَنِّفُ ، و صاحِبُ « الفُروعِ » ، و جزَم به في « التَّلْخيص » ، أنُّه لا يُكْتَفَى في الشُّهادَةِ بالإعْسارِ ، بل لابُدَّ مِنَ الشُّهادَةِ بالتَّلَفِ والإعْسارِ معًا . وكذا قال في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاويَيْن » ، و « الفائق » ، فإنَّهم قالُوا : تَشْهَدُ بذَهابه وإعْساره ، لا أنَّه لا يَمْلِكُ شيئًا . الثَّانيةُ ، تُسْمَعُ بَيُّنةُ إعْسارِه ونحوُها قبلَ حَبْسِه وبعدَه ، ولو بيَوْم . قالَه الأصحابُ . الثَّالِثَةُ ، إذا لم يَكُنْ لمُدَّعِي الإعْسار

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل: (يقضيها) .

⁽٣) في م : ﴿ أَهِلَ ﴾ .

الشرح الكبير مسلمٌ ، وأبو دَاودَ (١) . وقَوْلُهم : إنَّ الشَّهادَةَ على النَّفْي لا تُقْبَلُ . قُلْنا : لا تُرَدُّ مُطْلَقًا ، فإنَّه لو شَهدَتِ بَيِّنَةٌ أنَّ هذا وارثُ هذا المَيِّتِ ، لا وارثَ له سِواه ، قُبِلَتْ ، ولأنَّ هذه وإن كانت تَتَضَمَّنُ النَّفْيَ ، فهي تُثْبِتُ حالَةً تَظْهَرُ ، ويُوقَفُ عليها بالمُشاهَدَةِ ، بخِلافِ ما إذا شَهدَتْ أَنَّه لا حَقَّ له ، فإنَّ هذا ممَّا لا يُوقَفُ عليه (٢) ، ولا يَشهَدُ به حالٌ يُتَوَصَّلُ بها إلى مَعْرفَتِه به (٣) ، بخِلافِ مَسْأَلِتنا . وتُسْمَعُ البَيِّنَةُ في الحال . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تُسْمَعُ في الحال ، ويُحْبَسُ شَهْرًا . وقِيلَ : ثَلاثَةَ أَشْهُر . ورُوِىَ أَرْبَعَةً ، حتى يَغْلِبَ على ظَنِّ الحاكِم أَنَّه لو كان له مالَّ لأَظْهَرَه . ولَنا ، أنَّ كلُّ بَيُّنَةٍ جازَ سَماعُها بعدَ مُدَّةٍ ، جاز سَماعُها في الحالِ ، كسائِرِ

الإنصاف بَيُّنَةٌ ، والحالَةُ ما تقدُّم ، كان القَوْلُ قَوْلَ غَرِيمِه مع يَمِينِه ؛ أنَّه لا يَعْلَمُ عُسْرَتَه بدَّيْنِه ، وكان له حَبْسُه ، ومُلازَمتُه . قالَه في « الكافِي » ، و « التَّلْخيص » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وغيرِهم . وقال في « التَّرْغِيبِ » : إِنْ حَلَفَ أَنَّهُ قادِرٌ ، حَبَسَه ، وإلَّا حَلَفَ المُنْكِرُ عليهما ، وخُلِّي . ونقَل حَنْبَلٌ ، يُحْبَسُ إِنْ عُلِمَ له ما يَقْضِي . وفي « المُسْتَوْعِبِ » ، إِنْ عُرِفَ بِمالِ ، أَو أَقَرَّ أَنَّه ^(١) مَلِيءٌ به ، وحلَف غَريمُه أَنَّه لا يعْلَمُ عُسْرَتَه ، حُبِسَ . وفي « الرِّعايَةِ » : يَحْلِفُ أَنَّه مُوسِرٌ بدَيْنِه ، ولا يعْلَمُ إعْسارَه به . وفي « المُغْنِي » ، و « الشُّرْح ِ » ، إذا حلَف أنَّه ذو مال ، حُبِسَ . وقال في

⁽١) تقدم تخريجه في ٢١٩/٧ .

⁽٢) سقط من: الأصل.

⁽٣) سقط من : م .

⁽٤) في الأصل ، ط: ﴿ بِهِ ﴾ .

البِّيِّناتِ ، وما ذَكَرُوه لو كان صَحِيحًا لأغْنَى عن البِّيِّنةِ . فإن قال الغَريمُ : أَحْلِفُوه لي مع بَيُّنتِه أنَّه لا مالَ له . لم يُسْتَحْلَفْ ، في ظاهِر كَلام أحمد ؟ لأَنَّه قال ، في روايَةِ ابن (١) إبراهيمَ ، في رجلِ جاء بشُهُودٍ على حَقٍّ ، فقال الغَريمُ : اسْتَحْلِفُوه . لا يُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّ ظاهِرَ الحَدِيثِ : « البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ »(٢) . قال القاضى : سَواءٌ شَهدَتِ البِّيِّنَةُ بِتَلَفِ المالِ أو بالإعْسار . وهذا أَحَدُ قَوْلَى الشافعيِّ ؛ لأنَّها بَيِّنَةٌ مَقْبُولَةً ، فلم يُسْتَحْلَفْ معها ، كما لو شَهدَتْ بأنَّ هذا عَبْدُه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُسْتَحْلَفُ . وهو القَوْلُ الثانِي للشافعيِّ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يَكُونَ

« الفُروعِ » : وظاهِرُ كلام جماعَةٍ ، أنَّه لا يَحْلِفُ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْمَدْيُونُ تَلَفًا أُو الإنصاف إعْسارًا ، أو يَسْأَلَ سُؤالَه ، فتَكُونُ دَعْوَى مُسْتَقِلَّةً . فإنْ كان له ببَقاء مالِه أو قُدْرَتِه بَيُّنَةٌ(٣) ، فلا كَلامَ ، وإلَّا فيَمِينُ صاحِب الحقِّ بحَسَب جَوابِ المَدْيونِ كسائرِ الدَّعاوَى . قال في « الفُروعِ » : وهذا أَظْهَرُ ، وهو مُرادُهم ؛ لأنَّه ادَّعَى الإعْسارَ ، وأنَّه يعْلَمُ ذلك ، وأنْكَرَه . انتهى . وحيثُ قُلْنا : يَحْلِفُ صاحِبُ الحقِّ . وأبَى ، حلَف الآخَرُ ، وخُلِّي سَبِيلُه . الرَّابعَةُ ، يُكْتَفَى في البَيِّنَةِ هنا باثْنَيْن . على الصَّحيح

⁽١) سقط من : ر ١ ، م .

وهو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد التميمي ، تقدم التعريف به في ٥٥/١ .

⁽٢) أخرجه البخاري، في: باب إذا اختلف الراهن والمرتهن...، من كتاب الرهن. صحيح البخاري ٣ / ١٨٧. ومسلم ، في : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذي ٦ / ٨٨٠ وابن ماجه، في: باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢.

 ⁽٣) في الأصل ، ط: « عليه » . وانظر الفروع ٤/ ٢٩٣ .

الشرح الكبير له مالٌ خَفِيَ عن البِّينَةِ . قال شيخُنا() : ويَصِحُّ عندي إلْزامُه اليَمِينَ على الإعْسار إذا شَهدَتِ البِّيِّنةُ بتَلَفِ المال ، وسُقُوطُها عنه فيما إذا شَهدَتْ بالإعْسارِ ؟ لأنَّها إذا شَهِدَتْ بالتَّلَفِ ، صار كمَن لم يَثْبُتْ له أَصْلُ مالِ ، أو بمَنْزِلَةِ مَن أقرَّ له غَرِيمُه بتَلَفِ ذلك المال ، وادَّعَى أنَّ (٢) له مالًا سِواه أو أنَّه اسْتَحْدَثَ مالًا بعدَ تَلَفِه ، ولو لم تَقُم البِّينَةُ ، وأقَرَّ له غَريمُه بتَلَفِ مالِه ، وادَّعَى أنَّ له مالًا سِواه ، لَز مَتْه اليَمِينُ ، فكذلك إذا قامَتْ به البِّينَةُ ، فإنَّها لا تَزِيدُ على الإقرار . فإنْ كان الحَقُّ ثَبَت عليه في غير مُقابَلَةِ مال أَخَذَه ، كَأَرْش جِنايَةٍ ، وقِيمَةِ مُتْلَفٍ ، ومَهْر ، أو ضَمانٍ ، أو كَفالَةٍ ، أو عِوَضِ خُلْعٍ إِن كَانْتِ امْرَأَةً ، ("و لم") يُعْرَفْ له مالٌ ، حَلَف أَنَّه لا مالَ له ، [١٠٠/٤ ع وخُلِّيَ سَبيلُه . وهذا قولُ الشافعيُّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وإنَّما اكْتَفَيْنا بيمينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ المالِ ، وقد رُوِيَ أنَّ النبيَّ عَيْنِكُمْ قال

الإنصاف مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يَكْفِي أَقَلُّ مِن ثَلاثَةٍ ، كَمَن يُريدُ أَخْذَ الزَّكاةِ ، وكان مَعْروفًا بغِنِّي ، وادَّعَى الفَقْرَ . على ما تقدُّم في أواخِرِ بابِ ذِكْرِ أَهْلِ الزَّكاة .

قوله : وإنْ لم يَكُنْ كذلك ، حلَف وخُلِّي سَبيلُه . أي ، وإنِ ادَّعَى الإعْسارَ ، و لم يُعْرَفُ له مالَّ سابِقٌ ، ودَيْنُه عن غير عِوَضِ ، و لم يُقَرُّ بالمَلاءَةِ به ، أو عُرفَ له مالَّ سابِقٌ والغالِبُ ذَهابُه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ

⁽١) في : المغنى ٦/٧٨٥ .

⁽٢) سقط من : ر ، ق ، م .

⁽٣ - ٣) في م : و فإن لم ، .

لِحَبَّةَ وَسَوَاءٍ ابْنَيْ خَالِدِ بنِ سَوَاءٍ: ﴿ لَا تَيْأَسَا مِنَ الرِّزْقِ مَا اهْتَزَّتْ رُءُوسُكُمَا ، فَإِنَّ ابْنَ آدَمَ يُخْلَقُ (وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا قِشْرَتَاه () ، ثُمَّ يَرْزُقَهُ اللهُ تَعَالَى ﴾ () . قال ابنُ المُنْذِرِ : (الحَبْسُ عقوبة) ، ولا نَعْلَمُ له ذَنْبًا يُعَاقَبُ به . والأصْلُ عَدَمُ مالِه ، بخِلافِ مَن عُلِم له مالٌ ، فإنَّ الأصْلَ بقاءُ مالِه ، فيحبَسُ في فيحبَسُ حتى يُعْلَمَ ذَهابُه . ومُطْلَقُ كلام الخِرَقِيِّ يَدُلُّ على أنَّه يُحبَسُ في الحَالَتَيْن ، لكنَّه يَنْبَغِي أَن يُحْمَلَ كلامُه على هذا ؛ لقِيام الدَّلِيل على الفَرْقِ .

الإنصاف

الأصحاب . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَعْروفُ في المذهب . وجزَم به في « الهِدايَة ِ » ، و « المُخَرَّر ِ » ، و « المُذْهَب ِ » ، و « التُلْخيص ِ » ، و « المُحَرَّر ِ » ، و « النَّظْم ِ » ، و « الوَجيز ِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروع ِ » وغيرِه . وقال في « النَّطْم ِ » : إلى أَنْ يَثْبُتَ في « التَّرْغِيب ِ » : يُحْبَسُ إلى ظُهورِ إعْسارِه . وقال في « البُلغَة ِ » : إلى أَنْ يَثْبُتَ إعْسارُه . وظاهرُ كلام ِ الخِرَقِيِّ ، أَنَّ حُكْمَه حُكْمُ مَن عُرِفَ بَمالٍ ، أو كان دَيْنه عن عِوض . على ما تقدَّم .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو قامَتْ بَيِّنَةٌ للمُفْلِسِ بَمَالِ مُعَيَّنِ ، فأَنْكَرَ ، ولم يُقِرَّ به لأَحَدٍ ، وقال : هو لزَيْدٍ فكَذَّبه زَيْدٌ ، قُضِى دَيْنُ المُفْلِسِ منه . وإنْ صدَّقه زَيْدٌ ، فهل يُقْضَى دَيْنُ المُفْلِسِ منه ؟ على وَجْهَين . وأطْلَقَهما في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ ؛ أحدُهما ، لا يُقْضَى منه ، ويكونُ لزَيْدٍ مع يَمِينِه ؛ لاحْتِمالِ التَّواطُو . جزَم به في ﴿ المُغْنِى ﴾ ، لا يُقْضَى منه ، ويكونُ لزَيْدٍ مع يَمِينِه ؛ لاحْتِمالِ التَّواطُو . جزَم به في ﴿ المُغْنِى ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ﴾ ، و ﴿ النَّرْكِ ﴾ ، و ﴿ النَّطْمِ ﴾ . قال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ :

⁽١) في سنن ابن ماجه : « وليس عليه قشر » . وفي المسند : « وليس عليه قشرة » .

⁽٢) أخرجه ابن ماجه ، في : باب التوكل واليقين ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ١٣٩٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٩/٣ .

⁽٣ - ٣) الأصل ، ر ، ق : « العقوبة حبس » .

فصل : ومتى ثَبَت إعْسارُه عندَ الحاكِم ، لم يَجُوْ مُطالَبَتُه و لا مُلازَمَتُه . وقال أبو حنيفة : لغُرَماتِه مُلازَمَتُه مِن غيرِ أن يَمْنعُوه مِن الكَسْب ، فإذا رَجَع إلى بَيْتِه فأذِنَ لهم فى الدُّخُولِ معه ، وإلَّا مَنعُوه مِن الدُّخُولِ ؛ لقَوْلِ النبيِّ عَلِيلِهُ : « لِصَاحِب الْحَقِّ اليَدُ وَاللِّسَانُ »(١) . ولنا ، أنَّ مَن ليسَ لصاحِب الْحَقِّ مُطالَبَتُه لم يَكُنْ له مُلازَمَتُه ، كصاحِب الدَّيْنِ المُوجِّلِ ، وقولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . ومن وَجَب الدَّيْنِ المُوجِّلِ ، وقولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . ومن وَجَب النَّوْ اللهُ وَقُلُ اللهِ تعالى : ﴿ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . وقد ثَبَت أنَّ النبيَّ المُنذِر . ثم نَحْمِلُه على المُوسِر ؛ بدَلِيلِ ما ذكَرْنا . وقد ثَبَت أنَّ النبيَّ عَلِيلٍ ما ذكَرْنا . وقد ثَبَت أنَّ النبيَّ عَلَيْ قال لغَرَماءِ الذي أُصِيبَ في ثمارِ ابْتَاعَهَا ، فكثر دَيْنُه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُم ، وَلَيْسَ لَكُمْ إلَّا ذَلِكَ » . رَواه مسلم ، والتِّرْمِذِيُ (٢) .

الإنصاف

فإنْ أَقَرَّ أَنَّهُ لِزَيْدٍ مُضَارَبَةً ، قُبِلَ قُوْلُه مع يَمِينِه ، إنْ صدَّقَه زَيْدٌ ، أو كان غائبًا . والنَّانى ، يُقْضَى منه دَيْنُه . وعلى الوَجْهَين ، لا يَثْبُتُ المِلْكُ للمَدِينِ ؛ لأنَّه لا يدَّعِيه . قال في « الفُروعِ » : فظاهِرُ هذا ، أنَّ البَيْنَةَ هنا لا يُعْتَبرُ لها تقدُّمُ دَعْوَى ، وإنْ كانَ للمُقرِّ في « الفُروعِ » ، بَيِّنَةُ المُدَّعِي ؛ له المُصَدِّقِ بَيْنَةٌ ، قُدِّمَتْ ؛ لإِقْرارِ رَبِّ اليَدِ . وفي « المُنْتَخَبِ » ، بَيِّنَةُ المُدَّعِي ؛ لأنَّه المُدَّعِي ؛ لأنَّها خارِجَة . النَّانية ، يَحْرُمُ على المُفْلِسِ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّه لاَحَقَّ عليه ، ويَتأوَّلَ . لأَنَّها خارِجَة . النَّانية ، يَحْرُمُ على المُفْلِسِ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّه لاَحَقَّ عليه ، ويَتأوَّلَ . جزَم به في « الفُروعِ » وغيرِه . قلتُ : لو قِيلَ بجَوازِه – إذا تحَقَّقَ ظُلْمُ رَبِّ الحق له ، وحَبْسُه ، ومَنْعُه مِنَ القِيام على عِيالِه – لكان له وَجْهٌ .

⁽١) أخرجه الدارقطني في : كتاب الأقضية . سنن الدارقطني ٢٣٢/٤ . وانظر : نصب الراية ١٦٦/٤ .

⁽٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٧ .

وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَا يَفِي بِدَيْنِهِ ، فَسَأَلَ غُرَمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحَجْرَ عَلَيْهِ ، المنع لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُمْ .

• 191 - مسألة : (وإن كان) حالًا و (له مالًا لا يَفِي بدَيْنِه ، فَسَأَلَ الشرح الكبير غُرَماؤُه الحاكِمَ الحَجْرِ عليه ، لَزِمَتْه إجابَتُهم) إذا اتَّفَقَ الغُرَماءُ على طَلَبِ الحَجْرِ عليه في هذه الحالِ ، لَزِم الحاكِمَ إجابَتُهم . ولا يَجُوزُ الحَجْرُ عليه بغيرِ سُؤالِ غُرَمائِه ؛ لأنَّه لا ولاية له في ذلك ، إنَّما يَفْعَلُه لَحَقِّ الغُرَماءِ ، فاعْتُبرَ رِضاهم . وكذلك إن سَألَه بعضُهم . وجذا قال مالِكَ ، والشافعي . فاعْتُبرَ رِضاهم . وكذلك إن سَألَه بعضُهم . وجذا قال مالِكَ ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : ليس للحاكِم الحَجْرُ عَلَيْه ، فإذا أدَّى اجْتِهادُه إلى الحَجْرِ على عليه ثَبَت ؛ لأنَّه فِعْلُ (١) مُجْتَهَدُّ فيه . ولَنا ، أنَّ النبي عَلِيلَةٍ حَجَر على عليه ثَبَت ؛ لأنَّه في دَيْنِه . رَواه الخَلَّالُ بإسْنادِه (٢) .

قوله: وإنْ كان له مالٌ لا يَفِي بدَيْنِه ، وسأَل غُرَماؤُه الحَاكِمَ الحَجْرَ عليه ، الإنصاف لَزِمَه إجابَتُهم . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . واجْتارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، إنْ ضاقَ مالُه عن دُيونِه ، صارَ مَحْجُورًا عليه بغيرِ حُكْم ِ حاكِم ٍ . وهو روايَةٌ عن أحمد . ويأْتِي مَعْنَى ذلك قَرِيبًا .

تنبيهات ؛ أحدُها ، قوْلُه : وإنْ كان له مالٌ لا يَفِي بدَيْنِه . هكذا عِبارَةُ أكثرِ الأصحاب . وقال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ومَن له دُونَ ما عليه مِن دَيْنِ حالٍ ، أو قَدْرُه ، ولا كَسْبَ له ، ولا ما يُنْفِقُ منه غيرَه ، أو خِيفَ تَصَرُّفُه فيه . الثَّاني ، ظاهرُ قوْلِه : فسأَلَ غُرَماؤُه الحَجْرَ . أنَّه لو سَأَلَه البعضُ الحَجْرَ عليه ، لم يَلْزَمْه

⁽١) في الأصل ، ر ، م : ﴿ فصل ﴾ .

⁽٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٤ .

فصل : وتَصَرُّفُه قبلَ حَجْرِ الحاكِم في مالِه نافِذٌ ؛ مِن البَيْع ِ ، والهِبَة ِ ، والإِقْرارِ ، وقَضاءِ بعضِ الغُرَماءِ ، وغيرِ ذلك . وبه قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه رَشِيدٌ غيرُ مَحْجُورِ عليه ، فَنَفَذَ تَصَرُّفُه ، كَغَيْرِه ، ولأنَّ سَبَبَ المَنْعِ ِ الحَجْرُ ، فلا يَتَقَدَّمُ سَبَبَه ، ولأنَّه مِن أَهْلِ التَّصَرُّفِ و لم يُحْجَرْ عليه ، أَشْبَهَ المَلِيءَ . وإن أُكْرَى جَمَلًا بعَيْنِه ، أو دارًا [١٠١/٤] لم تَنْفَسِخْ إجارَتُه بالفَلَسِ ، وكان المُكْتَرِي أَحَقَّ به حتى تَنْقَضِيَ مُدَّتُه .

١٩١١ - مسألة : (ويُسْتَحَبُّ) إظهارُ الحَجْر عليه (والإشهادُ عليه) لتُجْتَنَبَ مُعامَلَتُه ؛ لِئَلَّا يَسْتَضِرَّ النَّاسُ بضَياعِ ِ أَمُوالِهم . ويُشْهَدُ عليه ؛ لَيَنْتَشِرَ ذلك ، ورُبُّما عُزِل الحاكِمُ أو مات ، فَيَثْبُتُ الحَجْرُ عندَ الآخرِ ، فلا يَحْتَاجُ إلى ابْتِداءِ حَجْرِ ثانٍ .

الإنصاف إجابَتُهم . وهو ظاهِرُ « المُغْنِي » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ النَّظْمِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِي ﴾ ، وجماعَة ٍ . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْنِ . [٢/ ١٣٥ ط] وقدُّمه في ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، و ﴿ الزَّرْكَشِيِّ ﴾ . والوَّجْهُ الثَّانِي ، يَلْزَمُه إجابَتُهم أيضًا . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال في « الفُروعِ » : لَزِمَ الحَجْرُ عليه بطَلَبِ غُرَمائِه . والأصحُّ ، أو بعضِهم . قال في « تَجْريدِ العِنايَةِ » : هذا الأَظْهَرُ . اخْتَارَه ابنُ عَبْدُوس في « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به في « الوَجيزِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » . وهو الصُّوابُ . الثَّالثُ ، ظاهِرُ كلامِه أيضًا ، أنَّ المُعْسِرَ لو طلَب الحَجْرَ على نَفْسِه مِنَ الحاكِم ِ ، لا يَلْزَمُه إجابَتُه إلى ذلك . وهو

فَصْلٌ : وَيَتَعَلَّقُ بِالْحَجْرِ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؟ أَحَدُهَا ، تَعَلَّقُ اللَّهَ عَلَّ اللَّهِ عَلَيْهِ ، وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ حَقِّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ [١٧١٤] ، إِلَّا الْعِتْقَ عَلَى إِحْدَى الرِّوايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل: قال الشَّيْخُ ، رَضِىَ الله عنه : (ويَتَعَلَّقُ بالحَجْرِ عليه أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُها ، تَعَلَّقُ حَقِّ الغُرَماءِ بمالِه ، فلا يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، ولا يُقْبَلُ إِقْرارُه عليه ، إلَّا العِنْقَ على إحْدَى الرِّوايَتَيْن) متى حُجِر على المُفْلِس ، لمَيْنُفُدْ تَصَرُّفُه في شيءٍ مِن مالِه ، فإن تَصَرَّفَ فيه بَبْع ، أو هِبَة ، أو وَقْف ، لم يَضِحَّ . وبه قال مالِكُ ، والشافعيُّ أو أَصْدَقَ امرأةً مالًاله ، أو نحو ذلك ، لم يَصِحَّ . وبه قال مالِكُ ، والشافعيُّ في قول ، وقال في آخَرَ : يَقِفُ تَصَرُّفُه ، فإن كان فيما بَقِيَ مِن مالِه وفاءُ الغُرَماء نَفَد (١) ، وإلَّا بَطَل . ولَنا ، أنَّ حُقُوقَ الغُرَماء تَعَلَّقَتْ بأعْيانِ الغُرَماء فَلَم يَصِحَّ تَصَرُّفُه فيها ، كالعَيْنِ المَرْهُونَةِ ، ولأَنَّه مَحْجُورٌ عليه مالِه ، فلم يَصِحَّ تَصَرُّفُه فيها ، كالعَيْنِ المَرْهُونَةِ ، ولأَنَّه مَحْجُورٌ عليه بحُكْم حاكِم ، فأشبَهُ السَّفِية . فإن أقرَّ بدَيْن ، لم يُقْبَلْ في الحال ، ويُتَبَعُ به بعدَ فَكَ الحَجْرِ عنه . نصَّ عليه . وهو قولُ مالِكِ ، ومحمد بن به بعدَ فَكَ الحَجْرِ عنه . نصَّ عليه . وهو قولُ مالِكِ ، ومحمد بن به بعدَ فَكَ الحَجْرِ عنه . نصَّ عليه . وهو قولُ مالِكِ ، ومحمد بن

الإنصاف

ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . وقال في « المُسْتَوْعِبِ » : إِنْ زَادَ دَيْنُه على المَالِ ، وقيل : أو طلّب المُفْلِسُ الحَجْرَ مِنَ الحَاكِمِ . لَزِمَه . وقال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ طلبَه المُفْلِسُ وحْدَه ، احْتَمَلَ وَجْهَين . قال في « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » : وبسُوالِه في وَجْهِ .

قوله : ويَتَعَلَّقُ بالحَجْرِ عليه أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُها ، تَعَلَّقُ حَقِّ الغُرَماءِ بمالِه ، فلا يُقْبَلُ إِقْرَارُه عليه ، ولا يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، إلَّا بالعِثْقِ على إحْدَى الرِّوايتَيْن . اعْلمْ

⁽١) سقط من : م .

الشرح الكبير الحَسَن ، والثُّورِيِّ ، والشَّافعيِّ في قولِ ، وقال في الآخَر : يُشاركُهم . اخْتارَه ابنُ المُنْذِرِ ؟ لأنَّه دَيْنٌ ثابتٌ مُضافٌ إلى ما قبلَ الحَجْر ، فشارَكَ صاحِبُه الغُرَماءَ ، كما لو ثَبَت ببَيِّنةٍ . ولَنا ، أنَّه مَحْجُورٌ عليه ، فلم يَصِحُّ إِقْرَارُه فِيمَا حُجِرَ عَلَيْه فِيه ، كَالسَّفِيهِ ، وَلأَنَّه إِقْرَارٌ يُبْطِلُ ثُبُوتُه' ﴿ حَقَّ غير المُقِرِّ ، فلم يُقْبَلْ ، أو إقرارٌ على الغُرَماء ، فلم يُقْبَلْ ، كإقرار الرّاهِن ، ولأنَّه مُتَّهَمَّ في إقْراره ، وفارَقَ البَيِّنَةَ ، فإنَّه لا تُهْمَةَ في حَقِّها . فإن كان

الإنصاف أنَّه إذا كان عليه دَيْنٌ أكثرُ مِن مالِه ، وتَصَرَّفَ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ تصَرُّفُه قبلَ الحَجْرِ عليه ، أو بعدَه ؛ فإنْ كان قبلَ الحَجْرِ عليه ، صحَّ تصَرُّفُه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحاب ، وقطَع به كثيرٌ منهم ، ولو اسْتَغْرَقَ جميعَ مالِه ، حتى قال في « المُسْتَوْعِب » وغيره : لا يَخْتَلِفُ المذهبُ في ذلك . وقيل : لا يَنْفُذُ تَصَرُّفُه . ذكرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وحَكاه روايةً ، و اخْتَارَه . وْسَأَلُه جَعْفَرٌ : مَن عليه دَيْنٌ ، يتَصَدَّقُ بشيء ؟ قال : الشَّيُّ اليسيرُ ، و قَضاءُ دَيْنِهِ أَوْ جَبُ عليه . قلتُ : وهذا القَوْلُ هو الصَّوابُ ، خُصوصًا وقد كَثُرَتْ حِيَلُ النَّاس . وجزَم به في « القاعِدَةِ الثَّالِئَةِ والخَمْسِين » ، وقال : المُفْلِسُ إذا طلَب البائعُ منه سِلْعَتَه التي يَرْجِعُ بها قبلَ الحَجْرِ ، لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُه . نصَّ عليه . وذكر في ذلك ثَلاثَةَ نُصُوص ، لكِنَّ ذلك مَخْصوصٌ بمُطالَبَةِ البائع ِ . وعنه ، له مَنْعُ ابنِه مِنَ التَّصَرُّفِ في مالِه بما يَضُرُّه . ونقَل حَنْبَلُّ في مَن تصَدَّقَ وأَبُواه فَقِيران ، رُدَّ عليهما ، لا لمَن دُونَهما . ونصَّ في رِوايَةٍ ، على أنَّ مَن أَوْصَى لأَجانِبَ ، وله أقاربٌ مُحْتاجُونَ ، أنَّ الوَصِيَّةَ تُرَدُّ عليهم . قال في ﴿ القاعِدَةِ الحادِيَةَ عَشَرَ ﴾ : فيُخَرَّجُ مِن

⁽١) بعده في م : (في غير) .

المُفْلِسُ صانِعًا ، كالقَصَّار (') ، والحائِكِ ، في يَدِه مَتاعٌ ، فأقَرَّ به الشرح الكبير لأَرْبابه ، لم يُقْبَلْ ، والقَوْلُ فيها كالتي قبلَها . وتُباعُ العَيْنُ التي في يَدِه ، وتُقْسَمُ بينَ الغُرَماء ، وتَكُونُ قِيمَتُها واجبَةً على المُفْلِس إذا قَدَر عليها ؟ لأَنُّهَا انْصَرَفَتْ في وَفاء دَيْنِه بسَبَبِ مِن جِهَتِه ، فكانت قِيمَتُها عليه ، كما لو أَذِنَ في ذلك . وإن تَوجُّهَتْ على المُفْلِس يَمِينٌ ، فنكَلَ عنها ، فَقُضِيَ علبه ، فحُكْمُه حُكْمُ إِقْراره ، يَلْزَمُ في حَقِّه دُونَ الغُرَماء . فإن أَعْتَقَ بعضَ

ذلك ، أنَّ مَن تَبَرَّ عَ وعليه نفَقَةٌ واجبَةٌ لوارثٍ ، أو دَيْنٌ ، وليس له وَفاءٌ ، أنَّه يُرَدُّ . ولهذا يُباعُ المُدَبَّرُ في الدَّيْنِ خِاصَّةً ، على روايَةٍ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، في مَن تَصَدُّقَ عندَ مَوْتِه بمالِه كلُّه ، قال : هذا مَرْ دُودٌ ، ولو كان في حَياتِه ، لم أَجَوِّزْ إذا كان له وَلَدٌ . فعلى المذهب ، يَحْرُمُ عليه التَّصَرُّفُ إِنْ أَضَرَّ بغريمِه . ذكرَه الآدَمِيُّ البَغْدادِئ ، واقْتَصَرَ عليه في ﴿ الفُروعِ ﴾ ، وهو حَسَنٌ . وإنْ تَصَرُّفَ بعدَ الحَجْرِ عليه ، فلا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَتَصَرَّفَ بالعِنْقِ أَو بغيرِه ، فإنْ تَصَرُّفَ بالعِنْقِ ، فأطْلق المُصَنِّفُ في صِحَّةِ عِتْقِه روايتَيْن . وأطْلَقَهما في ﴿ الهِدايةِ ﴾ ، و ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِسي » ، و « الهادِي » ، و ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ البُّلْغَةِ ﴾ ، وغيرِهم ؛ إحْداهما ، لا يصِحُّ . وهو المذهبُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ ، والزَّرْكَشِيُّ ، في كتاب العِتْق : هذا أصحُّ . واختارَه أبو الخَطَّابِ في « رُءُوسِ المَسائلِ » ، وابنُ عَبْدُوسِ في « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به في ﴿ الوَّجِيزِ ﴾ ، و المُنوِّر ﴾ ، و ﴿ مُنْتَخَبِ الأَزْجِيِّ ﴾ ، وغيرهم . وصحَّحه في ﴿ التَّصْحِيحِ ﴾ وغيرِه . وقدَّمه في ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايَةِ

⁽١) القصار: من يدق الثياب ويبيِّضها.

الشرح الكبير رَقِيقِه ، صَحَّ ، في إحْدَى الرِّوايَتَيْن ، ونَفَذ . وهو قولُ أبي يُوسُفَ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّه عِتْقٌ مِن مالِكٍ رَشِيدٍ ، فَنَفَذَ ، كما قبلَ الحَجْرِ . وفارَقَ سائِرَ التَّصَرُّفاتِ ؛ لأنَّ للعِتْقِ تَغْلِيبًا وسِرايَةً ، ولهذا يَسْرِى إلى مِلْكِ الغيرِ ، بَخِلَافِ غَيْرِه . وَالْأُخْرَى ، [١٠٠١/٤] لَا يَنْفُذُ عِتْقُه . وبه قال مالِكٌ ، وابنُ أَبِي لَيْلَى ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ . واخْتارَه أَبُو الْخَطَّابِ في ﴿ رُءُوسِ ِ المَسائِلِ » ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ مِن التَّبَرُّعِ لِحَقِّ الغُرَماءِ ، فلم يَنْفُذْ عِتْقُه ، كَالْمَرِيضِ الذِّي يَسْتَغْرِقُ ذَيْنُهُ مَالَه . وأمَّا سِرايَتُه إلى مِلْكِ الغَيْرِ ، فمِن شَرْطِه أَن يَكُونَ مُوسِرًا ، يُؤْخَذُ منه قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِه ، ولا يَتَضَرَّرُ ، ولو كان مُعْسِرًا ، لم يَنْفُذْ عِتْقُه إِلَّا في مِلْكِه ؛ صِيانَةً لحَقِّ الغير وحِفْظًا له عن الضَّياع ِ . كذا هلهنا . وهذا أصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى .

الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « إِدْراكِ الغايَةِ » . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، يَصِحُ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، والقاضي ، والشُّرِيفُ . قَالَهُ الزَّرْكَشِيُّ . قال ف ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ : يصِحُّ عِثْقُه على الأُقْيَسِ . وإنْ تصَرَّفَ بغيرِ العِثْقِ ، فلا يَخْلُو ؟ إِمَّا أَنْ يكونَ بتَدْبِيرِ رَقيقِه أو غيرِه ؟ فإنْ كان بالتَّدْبيرِ ، صحَّ ، بلا نِزاعٍ أَعْلَمُه . وإنْ كان بغيرِه ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ بالشَّىءِ اليَسِيرِ ، أو غيرِه ؛ فإنْ كان بالشَّيءِ اليَّسِيرِ ، لم يَنْفُذْ تصَرُّفُه . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وفي « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، يصِحُّ تصَرُّفُه بالصَّدقة في الشَّيءِ اليَسِيرِ . زادَ في « الرِّعايَةِ » ، بشَرْطِ أَنْ لاَيَضُرَّ . قلتُ : إذا كانتِ العادَةُ ممَّا حِرَتْ به ، وسامَحَ بمِثْلِه ، فيَنْبَغِي أَنْ يصِحَّ تصَرُّفُه بلا خِلافٍ . وفي « الرِّعايَةِ » وغيرِها : تَصِحُّ وَصِيَّتُه ، بشَرْطِ أَنْ لا يَضُرَّ بمالِه . انتهى . وإنْ كان تَصَرُّفُه بغير اليَسِيرِ ، لم يصِحَّ تصَرُّفُه . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ

وَإِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ ، أَوْ ضَمَانٍ ، أَوْ إِقْرَارٍ ، صَحَّ . وَيُتْبَعُ المَنع بِهِ بَعْدَ فَكُ الْحَجْرِ عَنْهُ .

الشرح الكبير

الله المالة : (وإن تَصَرَّفَ فى ذِمَّتِه بَشِراءٍ ، أو ضَمانٍ ، أو ضَمانٍ ، أو إنَّما إقْرارٍ ، صَحَّ . ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه) لأَنَّه أَهْلُ للتَّصَرُّفِ ، وإنَّما وُجِدَ فى حَقِّه الحَجْرُ ، والحَجْرُ مُتَعَلِّقٌ بمالِه لا بذِمَّتِه ، ولكنْ لا يُشارِكُ أَصْحابُ هذه الدُّيُونِ الغُرَماءَ ؛ لأَنَّهم رَضُوا بذلك إذا عَلِمُوا بفَلَسِه أَصْحابُ هذه الدُّيُونِ الغُرَماءَ ؛ لأَنَّهم رَضُوا بذلك إذا عَلِمُوا بفَلَسِه

الإنصاف

عليه . ونقل مُوسى بنُ سَعِيدٍ ، إِنْ تَصَرَّفَ قَبلَ طَلَبِ رَبِّ العَيْنِ لِما ، جازَ ، لا بعدَه . فائدتان ؛ إحْداهما ، لو باعَ مالَه لعَرِيمٍ بكُلِّ الدَّيْنِ الذي عليه ، ففي صِحَّتِه وَجْهان . وأَطْلَقهما في « الفُروعِ » . قال في « الرِّعايَةِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، يصِحُّ لرِضاهما به . وهو ظاهِرُ كلام الإمام أحمد ، رَحِمَه اللهُ . والوَجْهُ النَّانِي ، لا يصِحُ ؛ لاحْتِمالِ ظُهورِ غَرِيمٍ آخَرَ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . النَّانية ، النَّانِي ، لا يصِحُ ؛ لاحْتِمالِ ظُهورِ غَرِيمٍ آخَرَ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . النَّانية ، يَمْلِكُ رَدَّ مَعِيبِ اشْتَراه قبلَ الحَجْرِ ، ويَمْلِكُ الرَّدَّ بَخِيارٍ ، غيرَ مُتَقيَّدٍ بالأَخطِ . على الطَّعرِ عَنَ المذهبِ . قال في « التَّلخيصِ » : ولا يَتَقيَّدُ بالأَخطُ على الأَظْهَرِ . قلل في « الفائقِ » : هذا أصحُ الوَجْهَيْن . [٢/ ١٣٠ و] وهو ظاهِرُ ما جزَم به في « المُعْنِي » ؛ و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال الزَّرْ كَشِي : في النَّانِةِ . وقيل : بعَيْبٍ أَو خِيارٍ . وقدَّمه في « المُعْنِي » ، و « السَّرْ ح ب » ، في الثَّانِيةِ . وقيل : وهو المَشهورُ . وجزَم به في « المُعْنِي » ، و « الشَّرْ ح ب » ، في الثَّانِيةِ . وقيل : إنْ كان فيه حَظَّ نفَذ تصَرُّفُه ، وإلَّا فلا . قال في « التَّلخيصِ » : وهو قياسُ المذهبِ . قلْ : وهو الصَّوابُ . وهو الصَّوابُ . .

قوله : وإِنْ تَصَرَّفَ في ذِمَّتِه بشِراءِ أو ضَمانٍ ، أو إِقْرَازٍ ، صَعَّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكُّ الحَجْرِ عنه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . فلا يُشارِ كُون مَن كان دَيْنُه

المَنع وَإِنْ جَنَى ، شَارَكَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ الْغُرَمَاءَ ، وَإِنْ جَنَى عَبْدُهُ ، قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِثَمَنِهِ .

الشرح الكبير وعامَلُوهَ ، ومَن لا يَعْلَمُ فقد فَرَّطَ في ذلك ؛ فإنَّ هذا في مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ . فعلى هذا ، يُتْبَعُ بها بعدَ فَكِّ الحَجْر عنه . وفي إقراره خِلافٌ ، ذَكُرْناه في المسألَةِ التي قَبْلَها. فأمَّا إن تُبَت عليه حَقٌّ ببيُّنةٍ ، شارَكَ صاحِبُه الغُرَماء ؟ لأَنَّه دَيْنٌ ثابِتٌ قبلَ الحَجْرِ عليه ، أَشْبَهَ ما لو شَهِدَتْ به قبلَ الحَجْرِ .

١٩١٣ - مسألة : (وإن جَنَى ، شارَكَ المَجْنِيُّ عليه الغُرَماءَ ، وإن جَنَى عَبْدُه ، قُدُّمَ المَجْنِيُّ عليه بتَمَنِه ﴾ إذا جَنَى المُفْلِسُ بعدَ الحَجْرِ جِنايَةً مُوجِبَةً للمالِ ، شارَكَ المَجْنِيُّ عليه الغُرَماءَ ؛ لأنَّ حَقَّ المَجْنِيِّ عليه ثَبَت

الإنصاف قبلَ الحَجْرِ . وفي « المُبْهِج ِ » ، في جاهِل به وَجْهان . وعنه ، يصِحُّ إقْرارُه إنْ أضافه إلى ما قبلَ الحَجْرِ ، أو ادَّانه عامِلٌ قبلَ قِراضِه . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّين . وقال ف « الرِّعايَةِ » : ويَحْتَمِلُ أَنْ يُشارِ كَهم مَن أقرَّ له بدَيْن ِ لَزِمَه قبلَ الحَجْرِ . وقال أَيضًا : وإِنْ أَقَرُّ بمال مُعَيَّن ، أو عَيْن ، احْتَمَلَ وَجْهَين . وتقدُّم نَقْلَ مُوسى بن سَعِيدٍ . وتقدُّم في بابِ الضَّمانِ ، أنَّ صاحِبَ ﴿ التَّبْصِرَةِ ﴾ حكَى رِوايَةً بعَدَم صِحَّة ِ ضَمانِه . قال في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ : ويتَوَجَّهُ عليها عدَمُ صِحَّةِ تصَرُّفِه في ذِمَّتِه . انتهي .

تنبيه : ظاهرُ كلامِه ، أنَّ مَن عامَلَه بعدَ الحَجْرِ ، لا يَرْجِعُ بعَيْنِ مالِه . وهو أَحَدُ الوُجوهِ ، وهو ظاهرُ كلام كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : يَرْجِعُ أيضًا . وأَطْلَقَهما في « الفائقِ » . وقيل : يَرْجِعُ مع جَهْلِه الحَجْرَ . قالَه الزَّرْكَشِيُّ . وهو حَسَنَّ . وهذا الأَخِيرُ المذهبُ . وقدَّمه في « الفُروع ِ » وغيرِه .

بغير اخْتِياره . ولو كانتِ الجنايَةُ مُوجِبَةً للقِصاص ، فعَفا صاحِبُها عنها الشرح الكبير إلى مالِ ، أو صالَحَه المُفْلِسُ على مالِ ، شارَكَ الغُرَماءَ ؛ لأنَّ سَبَبَه ثَبَت ﴿ بغير اختِيار صاحِبه ، فأشْبَهَ ما أَوْجَبَ المالَ . فإن قِيلَ : ألا قَدَّمْتُم حَقُّه على الغُرَماءِ ، كَمْ قَدَّمْتُم حَقَّ مَن جَنَى عليه بعضُ عَبيدِ المُفْلِس ؟ قُلْنا: لأَنَّ الحَقَّ في العَبْدِ الجانِي تَعَلَّقَ بِعَيْنِه ، فقُدِّمَ لذلك ، و حَقُّ هذا تَعَلَّقَ بالذِّمَّةِ ، كغيره مِن الدُّيُونِ ، فاسْتَوَيَا . فإنْ جَنَى عَبْدُه ، قُدِّمَ المَجْنِيُّ عليه بثَمَنِه ؟ لِأَنَّ الحَقَّ تَعَلَّقَ بالعَيْنِ ، فقُدِّمَ على مَن تَعَلَّقَ حَقُّه بالذِّمَّةِ ، كَما يُقَدُّمُ حَقُّ المُرْتَهِنِ بِثَمَنِ الرَّهْنِ على الغُرَماء ، ولأنَّ حَقَّ المَجْنِيِّ عليه يُقَدَّمُ على حَقِّ المُرْتَهِن ، فأُوْلَى أَن يُقَدُّمَ على حَقِّ الغُرَماءِ .

فصل : قال ، رَحِمَه الله : (الثانيي ، أَنَّ مَن وَ جَدعندَه عَيْنًا باعَها إياهُ ،

· قوله : الثَّاني ، أنَّ مَن وجَد عندَه عَيْنًا باعَها إيَّاه ، فهو أحَقُّ بها ، بشَرْطِ أنْ يكونَ الإنصاف المُفْلِسُ حَيًّا ، ﴿ لَمْ يَنْقُدْ مِن ثَمَنِهَا شَيئًا ، والسِّلْعَةُ بحالِها ، لم يَتْلَفْ بعضُها ، و لم تَتَغَيَّرْ صِفَتُها بما يُزِيلُ اسْمَها ، كنَسْجِ الغَزْلِ ، وخَبْزِ الدَّقِيقِ ، و لم يَتَعَلَّقْ بها حَقٌّ ؛ مِن شَفْعَةٍ ، أَو جِنايَةٍ ، أَو رَهْنِ ، ونحوِه ، ولم تَزِدْ زِيادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَن ، وتَعَلَّم صَنْعَةٍ . ذكر المُصَنِّفُ ، لا ْحتِصاص رَبِّ العَيْنِ المُباعَةِ المَوْجودَةِ بعدَ الحَجْرِ في المَحْجُورِ عليه شُروطًا ؛ منها ، أنْ يكونَ المُفْلِسُ حيًّا . فلو ماتَ كان صاحِبُها أُسْوَةَ الغُرَماءِ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ، » و « الفُروعِ ، » وغيرِهم . وقيل : ذلك إذا مات قبلَ الحَجْرِ .

المتنع بهَا ، بشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُفْلِسُ حَيًّا ، وَلَمْ يَنْقُدْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، وَالسِّلْعَةُ بِحَالِهَا لَمْ يَتْلَفْ بَعْضُهَا ، وَلَمْ تَتَغَيَّرْ صِفَتُهَا بِمَا يُزِيلَ اسْمَهَا ، كَنَسْجِ الْغَزْلِ وَخَبْزِ الدَّقِيقِ .

الشرح الكبير فهو أحَقُّ بها ، بشَرْطِ أن يَكُونَ المُفْلِسُ حَيًّا ، و لم يَنْقُدْ مِن ثَمَنِها شيئًا ، والسِّلْعَةُ بحالِها لم يَتْلَفْ بَعْضُها ، ولم تَتَغَيَّرْ صِفَتُها بما يُزِيلُ اسْمَها ، كنَسْجِ الغَزْل ، وخَبْز الدَّقِيق) (وجُمْلَةُ ذلك ' ، أنَّ المُفْلِسَ إذا حُجر عليه ، فُوَجَدَ بعضُ غُرَمائِه سِلْعَتَه التي باعَه إيّاها بعَيْنِها ، فله فَسْخُ البَيْع ِ والرُّجُوعُ في عَيْنِ مَالِه بِالشُّروطِ التي نَذْكُرُها . رُوىَ ذلك عن عُثْمانَ ، وعليٌّ ، وأبي هُرَيْرَةً . وبه قال [١٠٠/٤] عُرْوَةً ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ ، والأوْزاعِيُّ ، والعَنْبَرِئُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال الحَسَنُ ، والنَّخَعِيُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو حنيفةَ : هو أُسْوَةُ الغُرَماء ؛ لأنَّ البائِعَ كان

الإنصاف

تنبيه : ظاهرُ كلام المُصَنِّفِ ، أنَّ رَبَّ العَيْنِ لو ماتَ ، كان لوَرَثَتِه أَخْذُ السُّلْعَةِ ، كما لو كان صاحِبُها حيًّا . وهو صحيحٌ ، وهو ظاهِرُ ما قدَّمه في « الفروع ِ » ، وظاهِرُ كلام ِ أكثرِ الأصحابِ ، منهم صاحِبُ « الحاوِيَيْن » . قال الزَّرْكَشِيُّ : وهو ظاهرُ كلام الشَّيْخَيْن ؛ المُصَنِّف والمَجْدِ ؛ لعَدَم اشْتِراطِهم ذلك . وقال في « التَّرْغِيبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : فلرَبِّه دُونَ ورَثَتِه ، على الأصحِّ ، أَخْذُه . وقدَّمه في « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفائـقِ » ، و ﴿ الزَّرْكَشِيٌّ ﴾ . وقال في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ : مِنَ الشُّروطِ ، أنْ يكونَ البائعُ حيًّا ؛ إِذْ لارُجوعَ للوَرْثَةِ ؛ للحَدِيثِ . وحكَى أبو الحَسَنِ الآمِدِيُّ رِوايَةً أُخْرَى ، أَنَّهم

⁽۱ – ۱) في م : ﴿ وجملته ﴾ .

له حَقُّ الإمساكِ لقَبْض الثَّمَن ، فلمّا سَلَّمَه ، أَسْقَطَ (حَقَّه مِن) الإِمْساكِ ، فلم يَكُنْ له أَن يَرْجِعَ في ذلك بالإفلاس ، كالمُرْتَهِن إذا سَلَّمَ الرَّهْنَ إلى الرّاهِن . ولأنَّه ساوَى الْغُرماءَ في سَبَبِ الاسْتِحْقاقِ ، فيُساوِيهم في الاسْتِحْقاقِ ، كسائِرهم . ولَنا ، ما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النبيُّ عَلَيْكُمْ قال : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . مُتَّفَقّ عليه (١) . قال أحمدُ : لو أنَّ حاكِمًا حَكَم أنَّه أَسْوَةُ الغُرَماء ، ثم رُفِع إلى رجل يرك العَمَلَ بالحَدِيثِ ، جاز له نَقْضُ حُكْمِه . و لأنَّ هذا العَقْدَ يَلْحَقُه الْفَسْخُ بِالْإِقَالَةِ ، فجاز فيه الفَسْخُ لتَعَذَّرِ الغَرَضِ ، كَالْمُسْلَمِ فِيه إِذَا تَعَذَّرَ ولأنَّه لو شَرَط في البَيْع ِ رَهْنًا ، فعَجَزَ عن تَسْلِيمِه ، اسْتَحَقَّ الفَسْخَ ، وهو وَثِيقَةً بِالثَّمَنِ ، فالعَجْزُ عن تَسْلِيمِ النَّمَنِ بنَفْسِه أَوْلَى . ويُفارقُ البَيْعُ

يَرْجِعُونَ . انتهى . ومنها ، أَنْ لا يكونَ نقَد مِن ثَمَنِها شيئًا ، فإنْ كان نقَد منه شيئًا ، الإنصاف كَانَ أُسْوَةَ الغُرَماءِ ، لا أَعْلَمُ فيه خِلافًا . ومنها ، أَنْ تكونَ السِّلْعَةُ بحالِها ، لم يَتْلَفْ بعضُها ، وكذا لم يزُلْ مِلْكُه عن بعضِها ببَيْع ٍ أو هِبَةٍ أو وَقْفٍ ، أو غيرِ ذلك ، إنْ

⁽۱ - ۱) في م: «حق».

⁽٢) أخرجه البخاري ، في : باب إذا وجد ماله عند مفلس ... ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخاري ٣/٥٥/ ، ١٥٦ . ومسلم ، في : باب من أدرك ما باعه عند المشترى وقد أفلس ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٠/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في إفلاس الغريم ، من كتاب البيوع . الموطأ ٣٤٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٤٧/٢ .

الشرح الكبير الرَّهْنَ ، فإنَّ إمْساكَ الرَّهْنِ إمْساكٌ مُجَرَّدٌ على سَبِيلِ الوَثِيقَةِ ، وليس بَبَدَلٍ ، والثمنُ هَلْهُنا بَدَلُّ عن العَيْنِ ، فإذا تَعَذَّرَ اسْتِيفاؤُه ، رَجَع إلى المُبْدَلِ . وقَوْلُهم : تَساوَوْا في سَبَب الاسْتِحْقاقِ . قُلْنا : لكن اخْتَلَفُوا في الشُّرْطِ ، فإنَّ بقاءَ العَيْنِ شَرْطٌ لمِلْكِ الفَسْخِ ِ ، وهي مَوْجُودَةٌ في حَقٍّ مَن وَجَد مَتاعَه دُونَ مَن لم يَجِدْه . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ البائِعَ بالخِيار ، إِن شَاءَ رَجَعَ فِي السِّلْعَةِ ، وإِن شَاءَ لَم يَرْجِعْ وَكَانَ أَسْوَةَ الغُرَمَاءِ ، وسواءٌ كَانَتِ السِّلْعَةُ مُساوِيَةً لِتَمَنِها ، أو أقلَّ أو أكثَرَ ؛ لأنَّ الإعْسارَ سَبَبٌ يُثْبِتُ جوازَ الفَسْخِ ، فلا يُوجِبُه ، كالعَيْبِ والخِيار . ولا يَفْتَقِرُ الفَسْخُ (١) إلى حُكْم حاكِم ؛ لأنَّه فَسْخٌ تُبَت بالنَّصِّ ، فلم يَحْتَجْ إلى حُكْم حاكِم ، كَفَسْخِ النُّكاحِ لِعِتْقِ الْأُمَةِ .

الإنصاف كان عَيْنًا واحِدَةً . وإنْ كان المَبيعُ عَيْنَيْن ؛ كَعَبْدَين ، أو ثَوْبَين ونحوِهما ، فتَلِفَ أحدُهما ، أو نقَص ونحوُه ، رجَع في العَيْنِ الْأُخْرَى . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب . جزَم به في « المُنوِّرِ » . و « مُنتَخَبِ الآدَمِيِّ » . وقدَّمه في « المُحَرَّرِ » ، و ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاويَيْنِ ﴾ . وعنه ، له أَسْوَةُ الغُرَماءِ . وهو ظاهِرُ كلام ِ المُصَنِّفِ هنا ، وجماعَةٍ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ في ﴿ شَرْحِه ﴾ . وأَطْلَقَهمـا في « المُغْنِـــي » ، و « الكافِـــي » ، و « التَّلْخـــيصِ » ، و ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، و ﴿ الزَّرْكَشِيِّ ﴾ . وقال : ولعلُّ مَبْناهما أنَّ العَقْدَ ، هل يَتَعَدَّدُ بتَعَدُّدِ المَبيع ِ أم لا ؟ وحُكْمُ انْتِقالِ البعض ببَيْع ِ ونحوِه ، حُكْمُ التَّلَفِ . انتهى . قلتُ : تقدُّم فى كتابِ البَيْعِ ِ ، بعدَ قوْلِه : إذا جمَع

⁽١) سقط من : الأصل .

فصل: وهل خِيارُ الفَسْخِ على الفَوْرِ أو التَّراخِي ؟ فيه وَجْهان ؟ أَحَدُهما ، أَنَّه على التَّراخِي ؛ لأَنَّه حَقَّ رُجُوعٍ يَسْقُطُ إلى عِوَضٍ ، فكان على التَّراخِي ، كالرُّجُوعِ في الهِبَةِ . والثانِي ، هو (١) على الفَوْرِ ؛ لأَنَّ جَوازَ تَأْخِيرِه يُفْضِي إلى الضَّرَرِ بالغُرَماءِ ، لإفضائِه إلى تَأْخِيرِ حُقُوقِهم ، فأشْبَه خِيارَ الأَخْدِ بالشَّفْعَة . وهذان الوَجْهان مَبْنِيَّان على الرِّوايَتَيْن في خِيارِ الرَّدِ بالعَيْب . ونصر القاضى الوَجْه الثانِي . ولأصحابِ الشافعي الوَجْهان .

فصل: فإنْ بَذَلَ الغُرَماءُ لصاحِبِ السِّلْعَةِ الثَّمَنَ لَيَتْرُكَها ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الشافعيُّ . وقال مالِكُ : ليس له الرُّجُوعُ ؛ وَلَانَّ الرُّجُوعُ ، وَلَا الرُّجُوعُ ، كَالُو زال العَيْبُ مِن النَّمْنِ ، فإذا بُذِلَ له بكَمالِه ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ ، كَالُو زال العَيْبُ مِن النَّمْ مِن ، فإذا بُذِلَ له بكَمالِه ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ ، كَالُو زال العَيْبُ مِن المَعيب . ولَنا ، الخَبرُ الذي رَوَيْناه ، ولأنَّه تَبرُّعُ بدَفْع الحقِّ مِن غيرِ مَن المَعيب . ولنا ، الخَبرُ الذي رَوَيْناه ، ولأنَّه تَبرُّعُ بدَفْع الحقي مِن الزَّوْجُ بالنَّفَقَةِ ، هو عليه ، فلم يُجْبَرُ صاحِبُ الحَقِّ على قَبْضِه ، كَالُو أَعْسَرَ الزَّوْجُ بالنَّفَقَةِ ، فَبَذَلَها غيرُه ، أو أَعْسَرَ المُكاتَبُ ، فبَذَلَ غيرُه ما عليه لسَيِّدِه ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرُوه . وسَواءٌ بَذَلُوه مِن أَمُوالِهم ، أو خَصُّوه بثَمَنِه مِن مالِ المُفْلِس ، ما ذَكَرُوه . وسَواءٌ بَذَلُوه مِن أَمُوالِهم ، أو خَصُّوه بثَمَنِه مِن مالِ المُفْلِس ، وفي هذا القَسْم ضَرَرٌ آخَرُ ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ أَن يَظْهَرَ له غَرِيمٌ لم يَحْضُرْ ، فيَرْجِعَ عليه . وإن دَفَعُوا إلى المُفْلِس ِ الثَمَنَ ، فبَذَلَه للبائِع ِ ، لم يَكُنْ له فيرْجِعَ عليه . وإن دَفَعُوا إلى المُفْلِس ِ الثَمَنَ ، فبَذَلَه للبائِع ِ ، لم يَكُنْ له

الإنصاف

بينَ كِتابَةٍ وَبَيْعٍ . أَنَّ الصَّفْقَةَ تتَعدَّدُ بتَعَدُّدِ المَبِيعِ ِ . على الصَّحيحِ .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير الفَسْخُ ؛ لأنَّه زال العَجْزُ عن تَسْلِيم الثَّمَن ، فزال مِلْكُ الفَسْخِ ، كما لو أَسْقَطَ سَائِرُ الغُرَمَاء حُقُوقَهِم عنه فَمَلَكَ أَدَاءَ الثَّمَنِ . ولو أَسْقَطَ الغُرَمَاءُ حَقّهم (١) عنه فتَمَكَّنَ مِن الأداءِ ، أو وُهِب له مالٌ فأمْكَنَه الأداءُ منه ، أو غَلَتْ أَعْيَانُ مَالِهِ فصارت قِيمَتُها وافِيَةً بِحُقُوقِ الغُرَماء ، بحيث يُمْكِنُه أَداءُ الثَّمَنِ كُلُّه ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ ؛ لزَوالِ سَبَيه ، ولأنَّه أَمْكَنَه الوُصُولُ إلى ثَمَنِ سِلْعَتِه مِن المُشْتَرِى ، فلم يَكُنْ له الفَسْخُ ، كما لو لم يُفْلِسْ .

فصل : فإنِ اشْتَرَى المُفْلِسُ مِن إنسانٍ سِلْعَةً بعدَ الحَجْر في ذِمَّتِه ، وتَعَذَّرَ الاسْتِيفاءُ ، لم يَكُنْ له الفَسْخُ ، سَواءٌ عَلِم أُو لم يَعْلَمْ ؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ المُطالَبَةَ بِثَمَنِها ، فلا يَسْتَحِقُّ الفَسْخَ ؛ لتَعَذَّرِه ، كَمَا لُو كَان ثَمَنُها مُوَّجُّلًا ، ولأنَّ العالِمَ بالفَلَس دَخَل على بَصِيرَةٍ بخَرابِ الذُّمَّةِ ، أَشْبَهَ مَن اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه . وقِيلَ (٢) : له الخِيارُ ؛ لعُمُوم الخَبَر ، ولأنَّه عَقَد عليه وَقْتَ الْفَسْخِ ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه مِن الفَسْنخِ ، كَمَا لُو تَزَوَّجَتِ امْرأَةٌ فَقيرًا مُعْسِرًا بِنَفَقَتِها . وفيه وَجْهُ ثالِثٌ ، إنْ كان عالِمًا بفَلَسِه ، فلا فَسْخَ له ، وإن لم يَعْلَمْ ، فله الفَسْخُ ، كَمُشْتَرِى المَعِيبِ . ويُفارِقُ المُعْسِرَ بالنَّفَقَةِ ؟ لكَوْنِ النَّفَقَةِ يَتَجَدَّدُ وُجُوبُها كلِّ يَوْمِ ، فالرِّضا بالمُعْسِر بها رضًا بعَيْب مَا لَمْ يَجِبْ ، بَخِلافِ مَسَأَلَتِنَا ، وإنمَا يُشْبَهُ هَذَا إذَا تَزَوَّجَتْ مُعْسِرًا بالصَّداقِ ، وسَلَّمَتْ نَفْسَها إليه ثم أرادَتِ الفَسْخَ .

⁽١) في م : ﴿ حقوقهم ﴾ .

⁽٢) في م : « فيه وجه آخر » .

فصل : ومَن(١) اسْتَأْجَرَ أَرْضًا للزَّرْعِ ، فأَفْلَسَ قبلَ مُضِيِّ شيءٍ مِن الشرح الكبير المُدَّةِ ، فللمُؤجر فَسْخُ الإجارَةِ ؛ لأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه . وإن كان بعدَ انْقِضاء المُدَّةِ ، فهو غَرِيمٌ بالأَجْرِ . وإن كان بعدَ مُضِيٌّ بَعْضِها ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ في قِياسِ قُولِنا في المَبِيعِ إذا تَلِف بَعْضُه ، فإنَّ المُدَّةَ هُهُنا كَالْمَبِيعِ ، ومُضِيُّ بَعْضِها كَتَلَفِ بَعْضِه ، لكنْ يُعْتَبَرُ مُضِيٌّ مُدَّةٍ لمِثْلِها أَجْرٌ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عن مُضِيٍّ جُزْءٍ منها بحالٍ . وقال القاضي

تنبيه : مِن صُور تَلَفِ البَعْض ، إذا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا للزَّرْعِ ، فأَفْلَسَ بعـدَ مُضِيِّ الإنصاف مُدَّةٍ لمِثْلِها(٢) أُجْرَةٌ ، تَنْزِيلًا للمُدَّةِ مَنْزِلَةَ المَبِيعِ ، ومُضِى بعضِها بمَنْزِلَةِ تَلَف بعضِها . وهذا المذهبُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ ، وغيرُهم . وقال القاضي ، وصاحِبُ « التُّلْخِيصِ » : له الرُّجوعُ . ٣وهل يَلْزَمُه تَبْقِيَةُ٣ زَرْعِ ِ المُفْلِسِ ؟ فيه وَجْهان ، وأَطْلَقَهما الزَّرْكَشِيُّ بأُجْرَةِ المِثْل . ثم هل يُضْرَبُ (٤) له مع الغُرَماءِ ، اختارَه القاضى ، أو يُقَدَّمُ بها عليهم ؟ [٢/ ١٣٦ ط] قالَه في « التَّلْخيص ».

> فوائد ؛ إحْداها ، لو وَطِئَ البِكْرَ ، امْتَنَعَ الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتَارَه أَبُو بَكْرٍ ، وغيرُه . وجزَم به في « التَّلْخيص » ، و « المُسْتَوْعِب » ، وغيرِهما . وقدَّمه في « الفُروعِ ِ » ، و « الرِّعايتَيْنِ » ، و « الحاويَيْنِ » . وقيل :

⁽١) في م: د إن ه .

⁽٢) بياض في : الأصل ، ط .

⁽٣ - ٣) في الأصل ، ط : ﴿ وَيَلْزُمُهُ بَبَقِيةً ﴾ .

⁽٤) في الأصل: ﴿ يصرف ﴾ .

الشرح الكبير في مَوْضِع ۗ آخَرَ : مَن اكْتَرَى أَرْضًا فزَرَعَها ، ثم أَفْلَسَ ، ففَسَخَ صاحِبُ الأرْضِ ، فعليه تَبْقِيَةُ زَرْعِ المُفْلِسِ إلى حينِ الحَصادِ بأَجْرِ مِثْلِه ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه المَنْفَعَةُ ، فإذا فَسَخَ العَقْدَ ، فَسَخَه فيما مَلَك عليه بالعَقْدِ ، وقد تَعَذَّرَ رَدُّها عليه ، فكان عليه [١٠٣/٤] عِوَضُها ، كما لو فَسَخ البَّيْعَ بعدَ تَلَفِ المَبِيعِ ، فله قِيمَتُه ، ويَضْرِبُ بذلك مع الغُرَماءِ ، كذا هـ هُنا ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بأَجْرِ المِثْلِ دُونَ المُسَمَّى . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ . وهذا لا يَقْتَضِيه مَذْهَبُنا ، ولا يَشْهَدُ لصِحَّتِه الخَبَرُ ، ولا يَصِحُّ في النَّظَر . أمَّا الخَبَرُ ، فلأَنَّ النبيُّ عَلِيلًا إِنَّما قال : ﴿ مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَه بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلِ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ به »(') . وهذا ما أَدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه ، ولا هو أحقُّ به بالإِجْمَاعِ ، فإنَّهم وافَقُوا على وُجوبِ تَبْقِيَتِها وعَدَم ِ الرُّجُوعِ ِ في عَيْنِها ، ولأنَّ مَعْنَى قولِه : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه » . أي على وَجْهٍ يُمْكِنُه أَخْذُه ويَتَعَلَّقُ حَقَّهُ بِعَيْنِه ، وليس هذا كذلك . وأمَّا النَّظَرُ ، فإنَّ البائِعَ إنَّما كَانَ أَحَقُّ بِعَيْنِ مَالِه ؛ لَتَعَلَّقِ حَقُّه بِالعَيْنِ ، وإمْكَانِ رَدِّ مَالِه إليه بعَيْنِه ،

الإنصاف لا يمْتَنِعُ . اخْتارَه القاضي ، وأَطْلَقَهما في « الفائقِ » . وكذا الحُكْمُ إذا جُرِحَ العَبْدُ . فعلى المذهبِ ، لا يَرْجِعُ . وعلى قَوْلِ القاضي ، يَرْجِعُ . فإنْ كان ممَّا لا أَرْشَ له ؛ كالحاصِل ِ بفِعْلِ اللهِ تعالَى ، أو فِعْلِ بَهِيمَةٍ ، أو جِنايَةِ المُفْلِسِ ، أو عَبْدِه ، أو جِنايَةِ العَبْدِ على نَفْسِه ، فلا أَرْشَ له مع الرُّجوع ِ . وإنْ كان الجِراحُ مُوجِبًا للأرْشِ ، كجِنايَةِ الأجْنَبِيِّ ، فللبائع ِ إذا رجَع أنْ يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ بحِصَّةِ

⁽١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٥ .

فيَرْ جَحُ(١) على مَن تَعَلَّقَ حَقُّه بمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، وهذا لم يَتَعَلَّقْ حَقُّه بالعَيْنِ ولا أَمْكَنَ رَدُّها إليه ، وإنَّما صار فائِدَةُ الرُّجُوعِ الضَّرْبَ بالقِيمَةِ دُونَ المُسَمَّى ، وليس هذا هو المُقْتَضِيَ في مَحَلِّ النَّصِّ ، ولا هو في مَعْناه ، فَإِثْبَاتُ الْحُكْمِ بِهِ تَحَكُّمٌ بِغِيرِ دَلِيلٍ . ولو اكْتَرَى مَن يَحْمِلُ له مَتَاعًا إلى بَلَدٍ ، ثم أَفْلَسَ المُكْتَرِى قبلَ حَمْلِ شيءٍ ، فللمُكْرَى (٢) الفَسْخُ . وإن حملَ البَعْضَ ، أو بَعْضَ المَسافَةِ ، لم يَكُنْ له الفَسْخُ ، في قِياس المَذْهَب. وقِياسُ قول القاضي ، له ذلك . وإذا فَسَخ ، سَقَط عنه حَمْلُ ما بَقِيَ ، وضَرَب مع الغُرَماءِ بقِسْطِ ما حَمَل مِن الأَجْرِ المُسَمَّى . وعلى قِياس قول القاضي ، يَنْفَسِخُ العَقْدُ في الجَمِيعِ ، ويَضْرِبُ بقِسْطِ ما حَمَل مِن أَجْرِ المِثْل ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قَوْلِه في المَسْأَلَةِ التي حَكَيْنا قَوْلَه فيها .

ما نقَص مِنَ الثَّمَن . وعلى المذهب أيضًا ، لو وَطِئَ الثِّيّبَ ، كان له الرُّجوعُ . على الإنصاف الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به في « المُغْنِي » ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ ﴾ ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروع ِ » وغيره . قال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : فله الرُّجوعُ في الأصحِّ ، إذا لم تَحْمِلْ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، يَمْتَنِعُ الرُّجوعُ . ذكَرَه ابنُ أبي مُوسى . وأَطْلَقهما في « التَّلْخيص » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاويَيْن » . الثَّانيةُ ، لا يَمْنَعُ الأَخْذَ تَزْويجَ الأَمَةِ ، فإذا أَخَذَها البائعُ ، بطَلِ النِّكاحُ في الأقيُّس . قالَه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قلتُ : الصَّوابُ عدَمُ البُطْلانِ . الثَّالثةُ ، لو خرَجَتِ

⁽١) في م: ﴿ فيرجع ﴾ .

⁽٢) في م: (فللمكترى) .

فصل : فإن أَقْرَضَ رجلًا مالًا ، ثم أَفْلَسَ المُقْتَرِضُ ، وعَيْنُ المالِ قائِمَةٌ ، فله الرُّجُوعُ فيها ؛ لقَوْلِه عليه السَّلامُ : ﴿ مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه عِنْدَ رَجُلِ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . ولأنَّه غَرِيمٌ وَجَد عَيْنَ مالِه ، فكان له أَخْذُها ؟ كالبائِع ِ . فإن أَصْدَقَ امْرَأَةً عَيْنًا ، ثم انْفَسَخَ نِكاحُها بسَبَبٍ مِن جِهَتِها يُسْقِطُ صَداقَها ، أو طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها ، فاسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ في نِصْفِه ، وقد أَفْلَسَتْ ووَجَد عَيْنَ مالِه ، فهو أَحَقُّ بها ؛ لِما ذَكَرْنا .

الإنصاف السُّلْعَةُ عن مِلْكِه قبلَ الحَجْرِ ، ورجَعَتْ بعدَ الحَجْرِ ، فقيلَ : له الرُّجوعُ . قال النَّاظِمُ : عادَ الرُّجوعُ على القَوِيِّ . قال في « التَّلْخيصِ » : هو كعَوْدِ المَّوْهُوبِ إلى الابن ِ بعدَ زَوالِه ؛ هل للأبِ الرُّجوعُ ، أم لا ؟ قلتُ : الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ له الرُّجوعَ . على ما يَأْتِي . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِه » . وقيل : ليس له الرُّجوعُ مُطْلَقًا . وقيل : إنْ عادَتْ إليه بسَبَبِ جديدٍ ؛ كَبَيْعٍ ، وهِبَةٍ ، وإرْثٍ ، وَوَصِيَّةٍ ، لم يَرْجِعْ . وإنْ عادَتْ إليه بفَسْخٍ ؛ كالإقالَةِ ، والرَّدِّ بالعَيْبِ ، والخِيارِ ، ونحوِه ، فله الرُّجوعُ . ويأتِي في الهِبَةِ نَظِيرُ ذلك في رُجوع ِ الأب إذا رجَع إلى الابن ِ بعدَ وَفاتِه ، والصَّحيحُ مِن ذلك . وأطْلَقهُنَّ في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و ﴿ الزَّرْكَشِيٌّ ﴾ ، و ﴿ القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ ﴾ ، وأَطْلَقَ الوَجْهَيْنِ الأُوَّلَيْنِ في « الكافِي » ، و « التَّلْخيصِ ِ » ، و « الرِّعايتَيْسن » ، و « الحاوِيَيْسن » ، و « الفائق » . وحيثُ قُلْنا : له الرُّجوعُ . لوِ اشْتَراها ، ثم باعَها ، ثم اشْتَراها ، فقيلَ : يخْتَصُّ بها البائعُ الأُوَّلُ ؛ لسَبْقِه . وقيل : يُقْرَعُ بينَه وبينَ البائع ِ الثَّانِي . وأَطْلَقهما في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ . ومنها ، بَقاءُ صِفَةِ السَّلْعَةِ . فلو تغَيَّرَتْ بما يُزيلُ اسْمَها ؟ كنَسْجِ الغَزْلِ ، وخَبْزِ الدُّقيقِ ، وطَحْنِ الحِنْطَةِ ، وعمَلِ الزَّيْتِ صابُونًا ، أو قَطْع ِ

فصل : وإنّما يَسْتَحِقُ الرُّجُوعَ في السِّلْعَةِ بشُرُوطٍ خَمْسَةٍ ؟ أَحَدُها ، أَن يَكُونَ المُفْلِسُ حَيًّا ، فإن مات فالبائِعُ أَسْوَةُ الغُرَماءِ ، سَواءٌ عَلِم بفَلَسِه قبلَ المَوْتِ ، فَحُجِر عليه ثم مات ، أو مات فتَبَيَّنَ فَلَسُه . وبهذا قال مالِكٌ ، وإسْحاقُ . وقال الشافعيُ : له الفَسْخُ واسْتِرْجاعُ العَيْنِ ؟ لِما مالِكٌ ، وإسْحاقُ . وقال الشافعيُ : له الفَسْخُ واسْتِرْجاعُ العَيْنِ ؟ لِما روى ابنُ خَلْدَةَ الزُّرَقِيُ ، قاضى المَدينَةِ ، قال : أتَيْنا أبا هُرَيْرَةَ في صاحِب لنا [٤/٣٠ من على اللهُ وهُرَيْرَة : هذا الذي قَضَى فيه رسولُ اللهِ عَلَيْلَةُ : ﴿ أَيُّما رَجُلِ مَاتَ أَو أَفْلَسَ ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُ بِمَتَاعِهِ إِذَا لَيَعَدُّ وَ ابنُ ماجه (١٠ . ولأنَّ هذا العَقْدَ يَلْحَقُه وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ » . رَواه أبو داود ، وابنُ ماجه (١٠ . ولأنَّ هذا العَقْدَ يَلْحَقُه ولأَنَّ الفَلْسَ عَبْنِهِ » . رَواه أبو داود ، وابنُ ماجه (١٠ . ولأنَّ هذا العَقْدَ يَلْحَقُه ولأَنَّ الفَلْسَ عَبْلِ قالَةِ ، فجاز فَسْخُه لتَعَذَّرِ العِوَضِ ، كَا لو تَعَذَّرَ المُسْلَمُ فيه ، ولأنَّ الفَلْسَ سَبَبٌ لاَسْتِحْقاقِ الفَسْخِ ، فجاز الفَسْخُ به بعدَ المَوْتِ ، كَالعَيْب . ولنا ، ما رَوى أبو بَكْرِ بنُ عبدِ الرحمنِ ، عن أبي هُرَيْرَةَ ، عن النبي عَيْضَةً ، في حديثِ المُفْلِسِ : ﴿ فَإِنْ مَاتَ ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسُوهُ النبيّ عَيْضَةً ، في حديثِ المُفْلِسِ : ﴿ فَإِنْ مَاتَ ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسُوهُ أَسُوهُ وَاللَّهِ عَلَيْلِ الْمُقَاعِ أَسُوهُ وَالْمَاتَ ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسُوهُ النبيّ عَيْضَةً ، في حديثِ المُفْلِسِ : ﴿ فَإِنْ مَاتَ ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَسُوهُ الْسَالِي عَنْ الْهِ وَلَا الْهُ مَا اللَّهُ الْمَتَاعِ أَسُوهُ الْمُولِسَ عَلَى الْمَاتِ عَلْمُ الْمَ الْمَقَاعِ الْمُولِسِ عَلَى الْمَاتَ ، فَصَاحِبُ الْمُقَاعِ أَسُولُونَ الْمَاتَ عَلَهُ الْمُولِسَ عَلَيْهِ الْمَوْدِ عَلَو الْمُولِسَ وَالْمَاتُ اللَّهُ الْعَقْدَ الْمُعَلِي الْمُولِسَ وَالْمَالُونُ الْمَاتَ الْمُولِسَ وَالْمُ عَلَى الْمَاتَ عَلَا الْمُعْلَى الْمَلْسَ الْمَاتَ عَلَى الْمَاتَ عَلَى الْمَاتَ الْمُعَلِي الْمَاتِ الْمَاتَ الْمَاتَ الْمَاتَ عَلَى الْمَاتَ الْمَاتَ الْمَاتَ الْمَاتَ الْمَاتَ الْمَاتَ الْمَاتَ الْمَاتَ ال

الإنصاف

النَّوْبِ قَميصًا ، أو نَجْرِ الخَشَبِ أَبُوابًا ، أو عَمَلِ الشَّريطِ إِبَرًا ، أو نحوِ ذلك ، امْتَنَعَ ٱلرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الكافِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الصَّغْرَى » ، و « الحَاوِيَيْن » ، و « الوَجيز » ، و غيرِهم . وقدَّمه في « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقال في « المُوجَزِ » : إِنْ أَحْدَثَ صَنْعَةً ؛ كنَسْجِ غَزْلٍ ، وعَمَلِ الكُبْرَى » . وقال في « المُوجَزِ » : إِنْ أَحْدَثَ صَنْعَةً ؛ كنَسْجِ غَزْلٍ ، وعَمَلِ

⁽١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٧/٢ . وابن ماجه ، فى : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٠ .

الشرح الكبير الْغُرَمَاء » . رَواه أبو داودَ (١٠ . ورَوَى أبو اليَمانِ ، عن الزَّبيدِيِّ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن أبي هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ الله عَلِيِّيِّهِ : « أَيُّمَا امْرِئُ مَاتَ وَعِنْدَه مَالُ امْسرئُ بعَيْنِهِ ، اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا أَوْ لَمْ يَقْتَض ، فَهُوَ أَسْوَةُ الْغُرَمَاءٰ (٢) ﴾ . رَواه ابنُ ماجه(٣) . ولأنَّه تَعَلَّقَ به حَقُّ غيرِ المُفْلِسِ والغُرَماء ، وهم الوَرَثَةُ ، فأشْبَهَ المَوْهُوبَ . وحَدِيثُهم مَجْهُولَ الإِسْنادِ ، قالَه ابنُ المُنْذِرِ . وقال ابنُ عبدِ البّرِّ : يَرْوِيه أبو المُعْتَمِرِ ، عن الزُّرَقِيِّ ، وأبو المُعْتَمر غيرُ مَعْرُوفٍ بحَمْل العِلْم . ثم هو غيرُ مَعْمُولِ به إجْماعًا ، فإنَّه جَعَل المتاعَ لصاحِبه بمُجَرَّدِ مَوْتِ المُشْتَرِى مِن غير شَرْطِ فَلَسِه

الإنصاف الدُّهْنِ صابُونًا ، فرِوايَتان . وقال في « التَّبْصِرَةِ » : لا يأْخُذُه . وعنه ، بلَي ، ويُشارِكُه المُفْلِسُ في الزِّيادَةِ . وقال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ ، مِن عندِه : إنْ لم تَزِدْ قِيمَةُ الحَبِّ بطَحْنِه ، والدَّقيقِ بخَبْرِه ، والغَرْلِ بنَسْجِه ، رجَع ، وإلَّا فلا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو كان حبًّا ، فصار زَرْعًا ، أو بالعَكْس ، أو نَوَّى ، فنبَت شَجَرًا ، أو بَيْضًا ، فصارَ فَرْخًا ، سقَط الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال · القاضى : لا يَمْنَعُ ذلك الرُّجوعَ . واخْتارَه في « التَّلْخيص » ، ورَدَّه في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » . النَّانيةُ ، لو خلَط المَبِيعَ أو بعضَه بما لا يتَمَيَّزُ منه ، فقال المُصَنَّفُ ، والشَّارحُ ، وغيرُهما : سقَط حقُّه مِنَ الرُّجوعِ ؛ لأنَّه لم يَجدْ عَيْنَ () مالِه . وقال الزَّرْكَشِيُّ : وقد يُقالُ : يَنْبَنِي على الوَجْهَيْنِ في أنَّ الخَلْطَ ، هل

⁽١) في الباب السابق والموضع السابق.

⁽٢) في سنن ابن ماجه : ﴿ للغرماء ﴾ .

⁽٣) في الباب السابق . سنن ابن ماجه ٧٩١/٢ .

⁽٤) في ط: (غير).

ولا تَعَذَّر وَفائِه ولا عَدَم قَبْض ثَمَنِه ، والأمْرُ بخِلافِ ذلك عندَ جَمِيع ِ الشرح الكبير العُلَماءِ ، إلَّا ما حُكِي عن الإصْطَخْرِيِّ (١) مِن أَصْحابِ الشافعيِّ ، أَنَّه قال: لصاحِبِ السِّلْعَةِ أَنْ يَرْجِعَ فيها إذا مات المُشْتَرى ، وإن خَلُّفَ وَفاءً . وهذا شُذُوذٌ عن أقُوالِ أهلِ العلم ، وخِلافٌ للسُّنَّةِ لا يُعَرَّبُ على مِثْلِه . وتُفارِقُ حالَةُ الحَياةِ حالَةَ المَوْتِ ؛ لأَمْرَيْن ؛ أَحَدُهما ، أنَّ المِلْكَ في الحَياةِ للمُفْلِسِ ، وهُ هُنا لغيره . الثانِي ، أنَّ ذِمَّةَ المُفْلِس خَربَت هُ هُنا خَرابًا لا يعودُ ، فاخْتِصاصُ هذا بالعَيْن يَضُرُّ بالغُرَماء كَثِيرًا ، بخِلافِ حالَةِ الحَياةِ . الشُّرْطُ الثانِي ، أن لا يَكُونَ البائِعُ قَبَض مِن تَمَنِها شيئًا ، فإن كان قد قَبَض بعضَ ثَمَنِها ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وبهذا قال إسحاقُ ، والشافعيُّ في القَدِيم . وقال في الجَدِيدِ : له أن يَرْجِعَ في قَدْرِ ما بَقِيَ مِن الثَّمَنِ ؟ لأنَّه سَبَبٌ تَرْجِعُ به العَيْنُ كلُّها إلى العاقِد ، فجاز أن يَرْجِعَ به (٢) بعضُها ، كَالْفُرْقَةِ قَبَلَ الدُّخُولِ فِي النِّكَاحِ ِ . وقال مالِكٌ : هو مُخَيَّرٌ ، إن شاء رَدُّ

هو بمَنْزِلَةِ الإِتْلافِ أُم لا ؟ ولا نُسَلِّمُ أَنَّه لم يَجدْ عَيْنَ مالِه ، بل و جَدَه حُكْمًا . انتهي . الإنصاف قلتُ : الصَّحيحُ مِنَ المذهب ، أنَّ الخَلْطَ ليس بإتلافٍ ، وإنَّما هو اشْتِراكٌ ، على ما يَأْتِي في كلام المُصَنِّف ، في بابِ الغَصْب ، في قوْلِه : وإنْ خلَط المَغْصُوبَ بمالِه على وَجْهِ لا يَتَمَيَّزُ . ومنها ، أَنْ لا يتَعلَّقَ بها حقُّ شُفْعَةٍ . فإنْ تعَلَّقَ بها حقُّ شُفْعَةٍ ، امْتَنَع الرُّجوعُ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخَلاصَـةِ » ،

⁽١) الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخري الشافعي أبو سعيد ، قاضي قُمّ ، أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه في مذهب الشافعي ، توفي ببغداد سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبري ٣٠٠/٣ - ٢٥٣ . (٢) في م: ﴿ فِي ﴾ .

الشرح الكبير مَا قَبَضَه ورَجَع في جَمِيع ِ العَيْن ، وإن شاء حاصَّ الغُرَماءَ ولم يَرْجعْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ عَيْلِيُّهِ : « أَيُّمَا رَجُل أَفْلَسَ ، فَوَجَدَ رَجُلَّ عِنْدَهُ مَالَهُ ، وَلَمْ يَكُن اقْتَضَى مِنْ مَالِهِ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ » . رَواهُ الإمامُ أَحَمُهُ(١) . وروى(٢) أبو بكر بنُ عبدِ الرحمن ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، أنَّ النبيَّ [١٠٤/٤] عَلِيْكُ قال : ﴿ أَيُّمَا رَجُلِ بَاعَ سِلْعَةً ، فَأَدْرَكَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِها عِنْدَ رَجُل قَدْ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَكُنْ قَـدْ قَبَـضَ مِنْ ثَمَنِها شَيْئًا ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِها شَيْئًا ، فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاء » . رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه(٣) . ولأنَّ ف(١) الرُّجُوعِ في قِسْطِ ما بَقِيَ تَبْعِيضًا للصَّفْقَةِ على المُشْتَرى وإضرارًا به ، وليس ذلك للبائِع ِ . فإن قِيلَ : لا ضَرَرَ عليه في ذلك ؛ لأنَّ مالَه يُباعُ ولا يَبْقَى له ، فيَزُولُ عنه الضَّرَرُ . قُلْنا : لا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ بالبَيْعِ ِ ، فإنَّ قِيمَةَ الشِّفْصِ تَنْقُصُ ، ولا يُرْغَبُ فيه مُشَقَّصًا ، فَيَتَضَرَّرُ المُفْلِسُ والغُرَماءُ بنَقْصِ القِيمَةِ. ولأنَّه سَبَبٌ يُفْسَخُ (°) به البَيْعُ،

الإنصاف و « التَّلْخيص » ، و « المُحَرَّر » ، و « الحاويْسن » ، و « الوَجيــز » ، و « الرِّعايتَيْن » ، في مَوْضِع ٍ ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفائق » . قال في « الفُروع ِ » : فله أُسْوَةُ [١٣٧/٢ و] الغُرَماءِ في الأُصحِّ . وقيل : لا يَمْتَنِعُ الرُّجوعُ .

⁽١) في : المسند ٢/٥٢٥ .

⁽٢) في م : ﴿ ورواه ﴾ .

⁽٣) انظر تخريج حديث : ﴿ أَيمَا رَجُلُ مَاتَ أُو أَفْلُسَ ... ﴾ في صفحة ٢٦٣ .

⁽٤) سقط من : الأصل .

⁽٥) في م : ﴿ يفسد ﴾ .

فلم يَجُزْ تَشْقِيصُه ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ والخِيار ، وقِياسُ البَيْع ِ على البَيْع ِ أَوْلَى مِن قِياسِه على النِّكاحِ . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ المَبيع ِ عَيْنًا واحِدَةً أَو عَيْنَيْن ؟ لِمَا ذَكُرْنَا مِن الحَدِيثِ والمَعْنَى . فإن قِيلَ : حَدِيثُكُم يَرْوِيه أبو بكرِ بنُ عبدِ الرحمنِ ، عن النبيِّ عَلِيُّكُم مُرْسَلًا ، ولا حُجَّةَ في المَراسِيل . قُلْنا: قدرَواهُ مالِكٌ وموسى بنُ عُقْبَةَ عن الزُّهْرِيِّ ، عن أبي بكر بن عبدِ الرحمنِ ، عن أبي هُرَيْرَةَ ، كذلك ذكرَه ابنُ عبدِ البَرِّ(١) ، وأُخرَجه أبو داودَ ، وابنُ ماجه ، والدَّارَقُطْنِيُّ (٢) في سُنَنِهم مُتَّصِلًا ، فلا يَضُرُّ إِرْسالُ مَن أَرْسَلَه ، على أنَّ حَدِيثَنا الأوَّلَ يَكْفِي في الدَّلالَةِ ، وهو مُتَّصِلٌ ، رَواه الإمامُ أحمدُ .

اختارَه ابنُ حامِدٍ . وقال في « الكُبْرَى » ، في مَوْضِع آخَرَ : وإنِ اشْتَرَى شِفْصًا الإنصاف مَشْفُوعًا ، فلبائعِه الرُّجوعُ . وقيل : الشَّفِيعُ أحقُّ به . وقيل : إنْ طلَب الشَّفِيعُ ، امْتْنَعَ ، وإلَّا فلا . وأطْلَقَهُنَّ في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْح ِ » ، و « الكافِي » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » . ومنها ، أَنْ لا يتَعَلَّقَ بها حقُّ رَهْن . فإنْ تعَلَّقَ بها حقُّ رَهْن ، امْتَنَعَ الرُّجوعُ . لا أعْلَمُ فيه خِلافًا . لكِنْ إذا كان الرَّهْنُ أكثرَ مِنَ الدَّيْن ، فما فضل منه ، رُدَّ على المال ، وليس لبائعِه الرُّجوعُ في الفاضِل ِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . ويأتِي قَريبًا في كلام المُصَنِّفِ مَجْزُومًا به . وجزَم به في « الوَجيز » وغيره . وقدُّمه ف « المُغْنِي » ، و « الكافِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « الفُروعِ ِ » ، وغيرِهم . وقال القاضي : له الرُّجوعُ ؛ لأنَّه عَيْنٌ له . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وما ذكرَه القاضي لا يُخَرَّجُ على المذهب ؛ لأنَّ تلَف بعض ِ المَبِيع ِ يَمْنَعُ الرُّجوعَ ، فكذلك

⁽١) انظر الاستيعاب ٢٢/٢١ .

⁽٢) تقدم تخريجه عند أبي داو دوابن ماجه في صفحة ٢٦٣. وأخرجه الدار قطني في: كتاب البيوع. سنن الدارقطني ٣٠/٣.

فصل : الشَّرْطُ الثَّالِثُ ، أَن تَكُونَ السِّلْعَةُ باقِيَةً بعَيْنِها لم يَتْلَفْ بَعْضُها ، فَإِنْ تَلِفَ جُزْءٌ منها ، كَبَعْضِ أَطْرَافِ العَبْدِ ، أَو ذَهَبَتْ عَيْنُه ، أَو تَلِف بعضُ الثُّوبِ ، أو انْهَدَمَ بعضُ الدَّارِ ، أو اشْتَرَى شَجَرًا مُثْمِرًا لم تَظْهَرْ ثَمَرَتُه فَتَلِفَتِ الثَّمَرَةُ ، أو نحوُ هذا ، لم يَكُنْ للبائِع ِ الرُّجُوعُ ، وكان أَسْوَةَ الغُرَماءِ . وبهذا قال إسحاقُ . وقال مالِكٌ ، والأوْزاعِيُّ ، والشافعيُّ ، والعَنْبَريُّ : له الرُّجُوعُ في الباقِي ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بحِصَّةِ التَّالِفِ ؛ لأنَّها عَيْنٌ يَمْلِكُ الرُّجُوعَ في جَمِيعِها ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ في بَعْضِها ، كالذي له الخِيارُ ، وَكَالَأَبِ فَيَمَا وَهَبِ لَوَلَدِهِ . وَلَنَا ، قُولُ النّبِيِّ عَلِيْكُمْ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ

الإنصاف ذَهابُ بعضِه بالبّيْع ِ . فلو كان المَبِيعُ عَيْنَيْن ؟ فرهَن أحدَهما ، فهل يَمْلِكُ البائعُ الرُّجوعَ في الأُخْرَى ؟ على وَجْهَيْن ؛ بِناءً على الرِّوايتَيْن فيما إذا تَلِفَ أحدُ العَيْنَيْن ، على ما تَقدُّم . وقد عَلِمْتَ أنَّ المذهبَ ، له الرُّجوعُ هناك . فكذا هنا .

فائدة : لو ماتَ الرَّاهِنُ ، وضاقَتِ النَّر كَةُ عن الدُّيونِ ، قُدِّمَ المُرْتَهِنُ برَهْنِه . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب ، ونصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، هو أُسْوَةُ الغُرَماء . نصَّ عليه أيضًا . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِيُّ ، آخِرَ الرَّهْنِ . ومنها ، أنْ لا يتَعَلَّقَ بها حقُّ جِنايَةٍ ؟ بأنْ يَشْتَرِى عَبْدًا ، ثم يُفْلِسَ بعدَ تعَلُّقِ أَرْشِ الجنايَةِ برَقَبَتِه ، فيمْتَنِعُ الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به في « الوَجيزِ » ، و « الفُروعِ ، » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه في « الفائقِ » ، و « الكافِي » . وقيل : له الرُّجوعُ ؛ لأنَّه حقٌّ لا يَمْنَعُ تَصَرُّفَ المُشْتَرِى فيه ، بخِلافِ الرَّهْنِ . وأطْلَقهما في « المُغْنِي » ، و ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ النَّظْمِ ﴾ ، و ﴿ الزَّرْكَشِيِّ ﴾ . فعلى المذهبِ ، حُكْمُه حُكْمُ

بعَيْنِه عِنْدِ إِنْسَانِ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ١٠٠٠ . فشَرَطَ ١٠٠ أَن يَجِدَه بعَيْنِه ، وهذا لم يَجدُه بعَيْنِه ، ولأنَّه إذا أَدْرَكَه بعَيْنِه حَصَل له بالرُّجُوعِ فصلُ الخُصُومَةِ وانْقِطاعُ ما بينهما مِن المُعامَلَةِ ، بخِلافِ ما إذا وَجَد بَعْضَه . ولا فَرْقَ بينَ أَن يَرْضَى بالمَوْجُودِ بجَمِيع ِ الثَّمَن ، أو يأخُذَه بقِسْطِه منه ؟ لأَنَّه فاتَ شَرْطُ الرُّجُوعِ . وإن كان المَبيعُ عَيْنَيْن ، كَعَبْدَيْن أُو تَوْبَيْن تَلِف أَحَدُهما أو نَقَص ، ففي جَوازِ الرُّجُوعِ [١٠٤/٤] في الباقِي منهما رِوايَتانِ ؟ إحْداهما ، لا يَرْجعُ . نَقَلَها أَبُو طَالِبِ عنه ، قال : لا يَرْجعُ بَبَقِيَّةٍ العَيْن ، ويَكُونُ أُسْوَةَ الغُرَماءِ ؛ لأنَّه لم يَجِدِ المَبِيعَ بعَيْنِه ، فأشَّبَهَ ما لنو كان عَيْنًا واحِدَةً . ولأنَّ بعضَ المَبِيع ِ تالِفَّ ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيه ،

الرُّهْنِ . وعلى الثَّانِي ، هو مُخَيَّرٌ ؛ إنْ شاءَ رجَع فيه ناقِصًا بأرْش الجنايَةِ ، وإنْ الإنصاف شاءَ ضرَب بتَمَنِه مع الغُرَماءِ ، فإنْ أَبْرَأَ الغَرِيمَ مِنَ الجِنايَةِ ، فللبائع ِ الرُّجوعُ . قال ف « القاعِدَةِ السَّادِسَةَ عَشَرَ » : لو تعَلَّقَ بالعَيْنِ المَبِيعَةِ حقُّ شُفْعَةٍ ، أو جِنايَةٍ ، أو رَهْنِ ، ثم أَفْلَسَ ، ثم أَسْقَطَ المُرْتَهِنُ ، أو الشَّفِيعُ ، أو المَجْنِيُّ عليه حقَّه ، فالبائعُ أحقُّ بها مِنَ الغُرَماءِ ؟ لزَوال المُزاحَمَةِ ، على ظاهِر كلام القاضي ، وابن عقيل . ذكرَه المَجْدُ في « شَرْحِه » . ويتَخَرَّجُ فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّه أُسْوَةُ الغُرَماءِ . انتهي . ومنها ، أَنْ لا يَزيدَ زِيادَةً مُتَّصِلَةً . فإنْ زادَ زِيادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ ، وتعَلُّم صَنْعَةٍ ؛ كالكِتابَةِ ، والقُرْآنِ ، ونحوِهما ، الْمتنَعَ الرُّجوعُ . على الصَّحيح ِمِنَ المذهبِ . اخْتارَه الْخِرَقِيُّ ، والشَّيرَازِيُّ . وقدُّمه في « المُغنِي » ، و « الهادِي » ، و « الكافِي » ،

⁽١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٥ .

⁽٢) في م: (بشرط) .

الشرح الكبير كالو قُطِعَت يدُ العَبْدِ . ونَقَل الحَسَنُ بنُ ثَوَاب عن أحمدَ ، إن كان ثَوْبًا واحِدًا فَتَلِفَ بَعْضُه ، فهو أُسْوَةُ الغُرَماءِ ، وإن كان رِزَمًا فَتَلِفَ بَعْضُها ، فإنَّه يَأْخُذُ بَقِيَّتُهَا إِذَا كَانَ بِعَيْنِهِ ؛ لأَنَّ السَّالِمَ مِن المَبيع ِ وَجَدَه البَائِعُ بِعَيْنِه ، فيَدْخَلَ فى عُمُوم ِ الحديثِ المَذْكُورِ . ولأنَّه مَبِيعٌ وَجَدَه بعَيْنِه ، فكان للبائِع ِ الرُّجُوعُ فيه ، كالوكان جَمِيعَ المَبِيعِ . فإنَّ باع بَعْضَ المَبِيعِ ، أو وَهَبَه ، أُو وَقَفَه ، فهو بمَنْزِلَةِ تَلَفِه ؛ لأنَّ البائِعَ ما أَدْرَكَ مالَه بعَيْنِه (') .

فصل : فإن تَغَيَّرَتْ صِفَتُها بما يُزيلُ اسْمَها ، فطَحَنَ الحِنْطَةَ ، أو زَرَعَها ، أو خَبَز الدَّقِيقَ ، أو عَمِل الزَّيْتَ صابُونًا ، أو قَطَعَ الثَّوْبَ قَمِيصًا ، أو نَسَج الغَوْلَ ثَوْبًا ، أو نَجَر الخَشَبَةَ أَبُوابًا ، أو عَمِلَ الشُّريطَ إِبَرًا ، أو شيئًا فَعَمِل (٢) به ما أزال اسْمَه ، سَقَط حَقُّ الرُّجُوعِ . وقال الشافعيُّ : فيه قَوْلان ؛ أَحَدُهما ، به أَقُولُ ، يَأْخُذُ عَيْنَ مالِه ، ويُعْطِي قِيمَةَ عَمَل المُفْلِس فيها ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِه مَوْجُودَةٌ ، وإنَّما تَغَيَّرَ اسْمُها ، فأشْبَهَ ما لو كان المَبيعُ حَمَلًا فصار كَبْشًا ، أو وَدِيًّا (") فصار نَخْلًا . ولَنا ، أنَّه لم يَجدْ مَتاعَه بعَيْنِه ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ ، كما لو تَلِف . والأصْلُ الذي قاسُوا عليه مَمْنُوعٌ ، وإن سُلَّمَ ، فإنَّه لم يَتَغَيَّر اسْمُه ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا .

و ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، ورَدًّا غيرَه . قال القاضي ، في كتاب الهبَةِ مِن « خِلافِه » : وهو مَنْصُوصُ أَحمدَ . وعنه ، أنَّ

⁽١) سقط من: الأصل.

⁽٢) في م : ﴿ فصل ﴾ .

⁽٣) الودى : صغار النخل ، واحدتها وديّة .

فصل : فإن كان حَبًّا فصار زَرْعًا ، أو بالعَكْس ، أو نَوِّى فَنَبَتَ الشرح الكبير شَجَرًا ، أو بَيْضًا فصار فِراخًا ، سَقَط الرُّجُوعُ . وقال القاضي : لا يَسْقُطُ . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشافعيِّ المَنْصُوص 'عليه منهما ' ؛ لأنَّ الزَّرْعَ نَفْسُ الحَبِّ ، والفَرْخَ نَفْسُ البَيْضَةِ . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه ، فلم يَرْجعْ ، كَمَا لو أَتْلَفَه مُتْلِفٌ فأَخَذَ قِيمَتَه . ولأنَّ الحَبَّ أَعْيَانُ ابْتَدَأُهَا اللهُ تَعَالَى ، لم تَكُنْ مَوْجُودَةً عندَ البَيْعِ ِ ، وكذلك أَعْيَانَ الزَّرْعِ ِ والفَرْخِ . ولو اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، واشْتَرَى بَذْرًا وماءً ، فزَرَعَ وسَقَى واسْتَحْصَدَ ، وأَفْلَسَ ، فالمُؤْجِرُ وبائِعُ البَدْرِ والماءِ غُرَماءُ ، لا حَقَّ لهم في الرُّجُوعِ ؟ لأنَّهُم لم يَجِدُوا أَعْيَانَ أَمْوالِهِم . وعلى قولِ مَن قال : له الرُّجُوعُ ف الزَّرْعِ . تكونُ عليه غَرامَةُ الأُجْرَةِ وثَمَنُ الماء ، أو قِيمَةُ ذلك .

الزِّيادَةَ لا تَمْنَعُ الرُّجوعَ . نصَّ عليه في روايَةِ المَيْمُونِيِّ . وقالَه القاضي وأصحابُه ، الإنصاف وابنُ أَبِي مُوسى . وجزَم به في « الوَجيز » ، و « المُنَوِّر » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « النَّظْـم ِ » ، و « الفائـق ِ » ، و « الرِّعايتَيْــن » ، و « الهدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيص » ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ إِدْراكِ الغايَةِ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ ﴾ ، وقال : وهو القِياسُ . قال في « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : هذا ظاهِرُ المذهب ، ولعَلَّه المذهبُ ؛ لأنَّه المَنْصُوصُ ، وعليه الأكثرُ . فعليها ، يَأْخُذُها بزيادَتِها . وأُطْلَقهما ابنُ البُّنَّا في « الخِصال » ، وصاحِبُ « الحاوييْن » .

⁽۱ - ۱) في م: (عليهما) .

ا ١٩١٤ – مسألة : ﴿ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بَهَا حَقٌّ مِن شُفْعَةٍ ، أَو جَنايَةٍ ، أَو رَهْنِ ﴾ هذا هو الشُّرْطُ الرَّابِعُ ، وهو أن لا يَتَعَلَّقَ بها حَقُّ الغير ، فإن رَهَنَها المُفْلِسُ أُو وَهَبَها ، لم يَمْلِكِ البائِعُ الرُّجُوعَ ، كما لو باعَها أو أَعْتَقَها ؛ لأنَّ ف(١) الرُّجُوعِ إِضْرارًا بالمُرْتَهِن ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَر ، ولأنَّ النبيَّ عَلِيْكُ قال : « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَه بعَيْنِه عِنْدَ رَجُل قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ١٠٠٠ . وهذا لم يَجدُه عندَ [٤/٥٠١٠] المُفْلِس . ولا نَعْلَمُ في هذا خِلافًا . فإن كان دَيْنُ ٣٠ المُرْتَهِن دُونَ قِيمَةِ الرَّهْنِ ، بِيعَ كُلُّه ، فقُضِيُّ منه دَيْنُ المُرْتَهِن ، والباقِي يُرَدُّ على مالِ المُفْلِسِ ، يَشْتَرِكُ فيه الغُرَماءُ ، وإن بِيعَ بَعْضُه ، فباقِيه لهم يُباعُ أَيْضًا ، ولا يَرْجعُ به البائِعُ . وقال القاضي : له الرُّجُوعُ به(٤) . وهو مَذْهَبُ الشافعيُّ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه . وهذا مِثلُ تَلَفِ بَعْضِ المَبيعِ ، وقد ذَكَرْناه . وما ذَكَرَه القاضي لا يُخَرَّجُ على المَذْهَب ؟ لأَنَّ تَلَفَ بعضِ المَبِيعِ ِ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، فكذلك ذَهابُ بَعْضِه بالبَيْعِ ِ . ولو رَهَن بَعْضَ العَبْدِ لم يَكُنْ للبائِع ِ الرُّجُوعُ في باقِيهِ ؛ لِما ذَكَرْنَا . فإن كان المَبيعُ عَيْنَيْن ، فرَهَنَ إحْداهما ، فهل يَمْلِكُ البائِعُ الرُّجُوعَ فِ الأُخْرَى ؟ على وَجْهَيْن ، بِناءً على الرِّوايَتَيْن فيما إذا تَلِفَتْ إحْدَى العَيْنَيْن . فإن فَكَّ

الإنصاف

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٥ .

⁽٣) سقط من : الأصل .

⁽٤) سقط من : م .

الرَّهْنَ قبلَ فَلَسِ المُشْتَرِى ، أو أَبْرَأَه مِن دَيْنِه ، فللبائِع ِ الرُّجُوعُ ؛ لأَنَّه أَدْرَكَ عَيْنَ مالِه عندَ المُشْتَرِى . وإن أَفْلَسَ وهو رَهْنٌ ، فأَبْرَأُ المُرْتَهِنُ المُشْتَرِى مِن دَيْنِه ، أو قَضَى الدَّيْنَ مِن (') غيرِه ، فللبائِع ِ الرُّجُوعُ أيضًا ؛ لذلك (') .

فصل : فإن كان المبيعُ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ففيه ثَلاثَةُ أَوْجُهِ ؛ أَحَدُها ، البائِعُ أَحَقُ به . وهذا قولُ ابنِ حامِدٍ ؛ للخَبْرِ . ولأنَّه إذا رَجَع فيه ، عاد الشَّقصُ إليه ، فيَزُولُ الضَّرَرُ عن الشَّفِيعِ ؛ لأَنَّه عاد كا كان قبلَ البَيْعِ . والثانِي ، أنَّ الشَّفِيعِ أَحَقُّ . وهو الذي ذكرَه شيخُنا همها . وحَكاه أبو الخَطّابِ ؛ لأنَّ حَقَّ البائِع ِ ثَبَت بالحَجْرِ ، الخَطّابِ ؛ لأنَّ حَقَّ البائِع ِ ثَبَت بالحَجْرِ ، ولأنَّ حَقَّ البائِع ِ أَبْت بالحَجْرِ ، ولأنَّ حَقَّ البائِع ِ إِنَّما يَتَعَلَّقُ بالعَيْنِ ما دامَتُ وحَقَّ الشَّفِيع بَنِت بالبَيْع ِ ، ولأنَّ حَقَّ البائِع ِ إِنَّما يَتَعَلَّقُ بالعَيْنِ ما دامَت في يَدِ المُشْتَرِي ومَمَّن نَقَلَه إليه ، وحَقُّ البائِع ِ إِنَّما يَتَعَلَّقُ بالعَيْنِ ما دامَتُ في يَدِ المُشْتَرِي مِن بائِعِه ، أو وَهَبَه إيّاه ، أو أقالَه ، فإنَّه لا يَسْقُطُ حَقُّ الشَّفِيعِ . المُشْتَرِي مِن بائِعِه ، أو وَهَبَه إيّاه ، أو أقالَه ، فإنَّه لا يَسْقُطُ حَقُّ الشَّفِيعِ . المُشْتَرِي مِن بائِعِه ، أو وَهَبَه إيّاه ، أو أقالَه ، فإنَّه لا يَسْقُطُ حَقُّ الشَّفِيعِ . المُطَالَبَةِ ، وإن لم يكُنْ طالَبَ ، فالبائِعُ أَوْلَى . ولأَصْحابِ الشَافِعِي المُطالَبَةِ ، وإن لم يكُنْ طالَبَ ، فالبائِعُ أَوْلَى . ولأَصْحابِ الشَافِعي وَجُهان ، كالأَوَّلِين . ولهم وَجُهٌ ثالِثٌ ، أنَّ الشَّمَن يُؤْخَذُ مِن الشَّفِيع في عَيْنِ وَجُهان ، كالأَوَّلِين ، ولهم وَجُهٌ ثالِثٌ ، أنَّ الشَّفِيع في عَيْنِ المَعْتَصُّ به البائِعُ ، جَمْعًا بينَ الحَقَّيْن ، فإنَّ غَرَضَ الشَّفِيع في عَيْنِ في غَيْنِ المَعْتَصُّ به البائِعُ ، جَمْعًا بينَ الحَقَّيْن ، فإنَّ غَرَضَ الشَّفِيع في عَيْنِ

الإنصاف

⁽١) في م: «عن ».

⁽٢) في ق : ﴿ كَذَلْكُ ﴾ .

الشرح الكبير الشُّقْصِ المَشْفُوعِ ، وغَرَضَ البائِعِ فِي ثَمِنِه ، فيَحْصُلُ ذلك بما ذَكَرْنا . وليس هذا جَيِّدًا ؟ لأنَّ حَقَّ البائِع ِ إنَّما يَثْبُتُ في العَيْنِ (١) ، فإذا صار الأمْرُ إلى وجُوب الثَّمَن تَعَلَّقَ بذِمَّتِه ، فساوَى الغُرَماءَ فيه .

فصل : فإن كان المبيعُ عَبْدًا ، فأَفْلَسَ المُشْتَرى بعدَ تَعَلُّق أَرْش الجنايَةِ برَقَبَتِه ، ففيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، ليس للبائِع [١٠٥/٤] الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ تَعَلُّقَ الرَّهْنِ به يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، وأَرْشُ الحِنايَةِ يُقَدَّمُ على حَقِّ المُرْتَهِن ، فأُوْلَى أَن يَمْنَعَ . وهذا ذَكَرَه أبو الخَطَّاب . والثاني ، لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؟ لأنَّه حَقٌّ لا يَمْنَعُ تَصَرُّفَ المُشْتَرى فيه ، بخِلافِ الرَّهْنِ . فَإِن قُلْنَا : لا يَرْجِعُ . فَحُكْمُه حُكْمُ الرَّهْنِ . وإِن قُلْنَا : له الرُّجُوعُ . فهو مُخَيَّرٌ ، إن شاء رَجَع فيه ناقِصًا بأرْشِ الجنايَةِ ، وإن شاء ضَرَب بثَمَنِه مع الغُرَماءِ . وإن أَبْرَأُ الغَرِيمَ مِن الجِنايَةِ ، فللبائِع ِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه وَجَد مَتاعَه بعَيْنِه خالِيًا مِن تَعَلَّقِ حَقٌّ غيرِه به .

فصل : فإن أَفْلَسَ بعدَ خُرُوجِ المَبِيعِ مِن مِلْكِه ؛ بَيْعٍ ، أو عِتْقٍ ، أو وَقْفٍ ، أو غير ذلك ، لم يَكُنْ للبائِع ِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه لم يُدْرِكْ مَتاعَه بعَيْنِه عندَ المُفْلِسِ ، سَواءٌ كان المُشْتَرِي يُمْكِنُه اسْتِرْجاعُ المَبِيعِ بِخِيارِ له ، أو عَيْبٍ فى ثَمَنِه ، أو رُجُوعِه فى هِبَةِ وَلَدِه ، أو غير ذلك ؛ لِما ذَكَرْنا . فإِن أَفْلَسَ بعدَ رُجُوعِ ذلك إلى مِلْكِه ففيه أُوجُهٌ ثَلاثَةٌ ؛ أَحَدُها ، له

⁽١) في الأصل : ﴿ المبيعين ﴾ .

وَلَمْ تَزِدْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كَالسِّمَن ، وَتَعَلُّم صَنْعَةٍ . وَعَنْهُ ، أَنَّ اللَّهُ عَا الزِّيَادَةَ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ .

الرُّجُوعُ ؛ للخَبَر ، ولأنَّه أَدْرَكَ عَيْنَ مالِه خالِيًا عن حَقِّ غيرِه ، أَشْبَهَ ما لو الشرح الكبير لم يَبعْه . الثانِي ، لا يَرْجعُ ؛ لأنَّ هذا المِلْكَ لم يَنْتَقِلْ إليه منه ، فلم يَمْلِكْ فَسْخَه . ذَكَر أَصْحَابُنا الوَجْهَيْنِ . ولأَصْحَابِ الشَّافَعِيِّ مِثْلُ ذلك . والثَّالِثُ ، أنَّه إن عاد إليه بسَبَبِ جَدِيدٍ ؛ كَبَيْعٍ ٍ ، أو هِبَةٍ ، أو إرْثٍ ، أو وَصِيَّةٍ ، لَم يَكُنْ للبائِع ِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه لم يَصِلْ إليه مِن جهَتِه . وإن عاد إليه بفَسْخ ي كالإِقالَة ، والرَّدِّ بعَيْبِ أو خِيارٍ ، ونحوه ، فللبائع ِ الرُّجُوعُ ؛ لأنُّ هذا المِلْكَ اسْتَنَدَ إلى السَّبَبِ الأُوَّلِ ، فإنَّ فَسْخَ العَقْدِ الثانِي لا يَقْتَضِي تُبُوتَ المِلْكِ ، وإنَّما أزال(١) السَّبَبَ المُزِيلَ لمِلْكِ البائع ِ ، فَتَبَتَ المِلْكُ بالسَّبَبِ الأُوَّل ، فمَلَكَ اسْتِرْجاعَ ما ثَبَت المِلْكُ فيه بَيْعِه .

> • ١٩١٥ – مسألة : (و لم تَزِدْ زيادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَن ، وتَعَلُّم صَنْعَةٍ ﴾ وهذا هو الشُّرْطُ الخامِسُ ، وهو أن لا يَكُونَ المَبيعُ زاد زيادَةً مُتَّصِلَةً ؛ كالسِّمَن ، والكِبَر ، وتَعَلَّم الكِتابَةِ ، أو القُرْآنِ ، ونحو ذلك ، فَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهذا اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ . و رؤى المَيْمُونِيُّ عن أحمدَ ، أنَّها (لا تَمْنَعُ) . وهو مَذْهَبُ مالِكِ ، والشافعيّ ، ''إِلَّا أَنَّ'' مالِكًا يُخَيّرُ الغُرَماءَ بينَ أَن يُعْطُوه السِّلْعَةَ أو ثَمَّنَها الذي باعَها به . واحْتَجُّوا بالخَبر ،

الإنصاف

⁽١) في م: ﴿ زال ﴾ .

⁽٢ - ٢) في م : ﴿ لأَنْ ﴾ .

الشرح الكبير ﴿ وِبِأَنَّهِ فَسْخٌ لَا تَمْنَعُ منه الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ ، فلم تَمْنَع ِ المُتَّصِلَةُ ، كالرَّدِّ بالعَيْب ، وفارَقَ الطَّلاقَ ، فإنَّه ليس بفَسْخٍ ، ولأنَّ الزَّوْجَ يُمْكِنُه الرُّجُوعُ ف قِيمَةِ العَيْن ، فيَصِلُ إلى حَقِّه تامًّا ، وهلهنا لا يُمْكِنُه الرُّجُوعُ في الثَّمَن . ولَنا ، أنَّه فَسْخٌ بسَبَبِ حادِثٍ ، فلم يَمْلِكْ به الرُّجُوعَ في عَيْنِ المالِ الزَّائِدَةِ زِيادَةً مُتَّصِلَةً ، كَفَسْخِ النِّكاحِ بالإعْسارِ أو الرَّضاعِ ، ولأنَّها زِيادَةً في مِلْكِ المُفْلِسِ ، فلم يَسْتَحِقُّ البائِعُ أَخْذَها ، كَالمُنْفَصِلَةِ [١٠٦/٤] وكالحاصِلِ بفِعْلِه ، ولأنَّ النَّماءَ لم يَصِلْ إليه مِن البائِع ِ ، فلم يَسْتَحِقَّ أُخْذَه منه ، كغيرِه مِن أَمُوالِه . وفارَقَ الرَّدَّ بالعَيْبِ لوَجْهَيْن ؛ أَحَدُهما ، أنَّ الفَسْخَ فيه مِن المُشْتَرِي ، فهو راض مِ بإسْقاطِ حَقُّه مِن الزِّيادَةِ وتَرْكِها للبائِع ِ ، بخِلافِ مسألتِنا . الثاني ، أنَّ الفَسْخَ لمَعْنَى قارَنَ العَقْدَ ، وهو العَيْبُ القَدِيمُ ، والفَسْخُ هَا هُنا بَسَبَبِ (١) حادِثٍ ، فهو أَشْبَهُ بفَسْخِ النِّكاحِ الذي لا يَسْتَحِقُّ به اسْتِرْجاعَ العَيْنِ الزَّائِدَةِ . وقَوْلُهم : إنَّ الزَّوْجَ إنَّما لم يَرْجعْ في العَيْنِ لكَوْنِه يَنْدَفِعُ عنه الضَّرَرُ بالقِيمَةِ . لا يَصِحُّ ، فإنَّ انْدِفاعَ الضَّرَرِ عنه بطَرِيقٍ آخَرَ لا يَمْنَعُه مِن أَخْذِ حَقُّه مِن العين ، ولأنَّه لو كان مُسْتَحِقًا للزِّيادةِ ، لم يَسْقُطْ حقَّه منها بالقُدْرةِ على أَخْذِ القِيمَةِ ، كمُشْتَرى المَعِيب . ثم كان يَنْبَغِي أن يَأْخُذَ قِيمَةَ العَيْن زائِدَةً ؛ لكَوْنِ الزِّيادَةِ مُسْتَحَقَّةً له ، فلَمَّا لم يَكُنْ كذلك ، عُلِم أنَّ المانِعَ مِن الرُّجُوعِ كَوْنُ الزِّيادَةِ للمرأةِ ،

⁽١) سقط من : م .

فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُنْفَصِلَةُ ، وَالنَّقْصُ بِهُزَالٍ ، أَوْ نِسْيَانِ صَنْعَةٍ ، فَلَا يَمْنَعُ اللَّ اللَّ اللَّهُ اللّ

الشرح الكبير

ولأنّه لا يُمْكِنُ فَصْلُها ، فكذلك هاهنا ، بل أولى ؛ فإنّ الزّيادة هاهنا يتَعَلَّقُ بها حَقُّ المُفْلِسِ والغُرَماءِ ، فمَنْعُ المُشْتَرِى () مِن أُخْذِ زِيادة لِيست له أولى مِن تَفْوِيتِها على الغُرَماء الذين لم يَصِلُوا إلى تَمام حُقُوقِهم ، والمُفْلِسِ المُحْتاجِ إلى تَبْرِئَة ذِهّتِه عندَ اشْتِدادِ حاجَتِه . وأمّا الخَبرُ ، فمَحْمُولٌ على المُحْتاجِ إلى تَبْرِئَة ذِهّتِه عندَ اشْتِدادِ حاجَتِه . وأمّا الخَبرُ ، فمَحْمُولٌ على مَن وَجَد مَتاعَه على صِفَتِه ليس بزائِدٍ ، ولم يَتَعَلَّقْ به حَقَّ آخَرُ ، وها هنا قد تَعَلَّقتُ به حُقُوقُ الغُرَماءِ ؛ لِما فيه مِن الزِّيادة ، لما ذكر نا مِن الدَّلِيلِ . يحققُ أنّه إذا كان تلفُ بعض المَبِيعِ مانِعًا (٢) مِن الرُّجُوعِ مِن غير ضَرَرٍ يُحتَّقُه أنّه إذا كان تلفُ بعض المَبِيعِ مانِعًا الزِّيادة فيه مع تَفْويتِها بالرُّجُوعِ مِن غير ضَرَرٍ عليهم أولى ، ولأنّه إذا رَجَع في النّاقِص ، فما رَجَع إلّا فيما باعَه وخرَج عنه ، عليهم أولى ، ولأنّه إذا رَجَع في النّاقِص ، فما رَجَع إلّا فيما باعَه وخرَج منه ، فإذا رَجَع في الزّائِدِ ، أَخَذَ ما لم يَبْعُه ، واسْتَرْجَعَ ما لم يَخُرُجْ عنه ، فكان بالمَنْعِ أَحَقُ .

١٩١٦ - مسألة : (فأمًّا الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ ، والتَّقْصُ بهُزالٍ ، أو نِسْيانِ صَنْعَةٍ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، والزِّيادَةُ للمُفْلِسِ . وعنه ، للبائِع ِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الزِّيادَةَ المُنْفَصِلَةَ ؛ كالوَلَدِ ، والثَّمَرَةِ ، والكَسْبِ ، لا

قوله: فأمَّا الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ ، فلا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهو المذهبُ ، وعليه الإنصاف الأصحابُ ، وقطع به كثيرٌ منهم . قال المُصَنَّفُ ، والشَّارِحُ : لا تَمْنَعُ الرُّجوعَ ،

⁽١) في م : (البائع) .

⁽٢) بعده في ق ، م : (له) .

الشرح الكبير تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، بغير خِلافٍ بينَ أَصْحَابِنا . وهو قولُ مالِكِ ، والشافعيِّ . وَسَواءٌ نَقَص بها المَبيعُ ، أو لم يَنْقُصْ ، إذا كان نَقْصَ صِفَةٍ . والزِّيادَةُ للمُفْلِس . وهذا ظاهِرُ كَلام الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه مَنَع الرُّجُوعَ بالزِّيادَةِ المُتَّصِلَةِ ؛ لكَوْنِها للمُفْلِس ، فالمُنْفَصِلَةُ أُولَى . وهو قولُ ابن حامِدٍ ، والقاضي ، و(١) مَذْهَبُ الشَّافعيِّ . وهو الصَّحِيحُ إن شاء اللهُ تعالى . وقال أبو بكر : الزِّيادَةُ للبائِع ِ . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ . ونَقَل حَنْبَلَ عن أَحْمَدَ ، فَ وَلَدِ الْجَارِيَةِ ، ونِتاجِ الدَّابَّةِ ، هو للبائِعِ ؛ لأَنَّها زِيادَةٌ ، فكانت للبائِع ِ ، كَالمُتَّصِلَةِ . وَلَنا ، أَنَّها زِيادَةً ١٠٠٦/٤] في مِلْكِ المُشْتَرِي ، فكانت له ، كما لو رَدُّه بعَيْب ، ولأنَّه فَسْخُ اسْتَحَقَّ به اسْتِرْجاعَ العَيْن ، فلم يَسْتَحِقُّ أَخْذَ (٢) الزِّيادَةِ المُنْفَصِلَةِ ؛ كَفَسْخِ البَيْعِ بالعَيْبِ أو الخِيارِ ، والإِقالَةِ ، وفَسْخِ النِّكاحِ بسَبَبِ مِن أَسْباب الفَسْخِ ، ولأنَّ قولَ النبيِّ عَلَيْكُمْ : « الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ »(٣). يَدُلُّ عَلَى أَنَّ النَّمَاءَ وِالغَلَّةَ

الإنصاف بغير خِلافٍ بينَ أصحابِنا . وذكر في « الإرْشادِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » ، و ﴿ المُوجَزِ ﴾ ، في مَنْع ِ المُنْفَصِلَةِ مِنَ الرُّجوعِ ، رِوايتَيْن . وعندَ ابن ِ أَبِي مُوسى ، يَمْنَعُ الوَلَدُ الرُّجوعَ فى أُمِّه .

فائدة : لو كان حَمَّلًا عندَ البَّيْعِ ، أو عندَالرُّجوع ، فوَجْهان . وأطْلَقهما في « الفُروع ِ » . قال في « التَّلْخيص » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : إِنْ كَان حَمْلًا عندَ

⁽١) في م : ﴿ وَهُو ﴾ .

⁽٢) سقط من : م .

 ⁽٣) تقدم تخریجه ف ۱۰/ ۲۸٤ .

للمُشْتَرى ؛ لكَوْنِ الضَّمانِ عليه . وقِياسُهم على الزِّيادَةِ المُتَّصِلَةِ ، الأَصْلُ الشرح الكبير فيه مَمْنُوعٌ ، ثم لو سُلِّمَ ثَمَّ ، فالفَرْقُ ظاهِرٌ ، فإنَّ المُتَّصِلَةَ تَتَبَعُ في الفُسُوخِ والرَّدِّ بالعَيْبِ ، بخِلافِ المُنْفَصِلَةِ . قال شيخُنا(') : ولا يَنْبَغِي أَنْ يَقَع في هذا خِلافٌ ؛ لظُهُوره ، وكَلامُ أحمدَ في رِوايَةِ حَنْبَلِ ، يُحْمَلُ على أَنَّه باعَهما في حال حَمْلِهما ، فيَكُونان مَبيعَين (٢) ، ولهذا خَصَّ هذين بالذُّكْرِ دُونَ بَقِيَّةِ النَّماءِ.

> فصل : فإن نَقَصَتْ مالِيَّةُ المبيع ِ لذَهابِ صِفَة ٍ ، مع بقاءِ عَيْنِه ، كعَبْدٍ هُزِل ، أَو نَسِيَ صِناعَةً أَو كِتابَةً ، أَو كَبر ، أَو تَغَيَّرَ عَقْلُه ، أَو كَان ثَوْبًا فَخَلَقَ ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ ؟ لأَنَّ فَقْدَ الصِّفَةِ لا يُخْرجُه عن كَوْنِه عَيْنَ مالِه ، لكنَّه يَتَخَيَّرُ بينَ أُخْذِه ناقِصًا بجَمِيع ِ حَقَّه ، وبينَ أن يَضْربَ مع الغُرَماء بكمال ثَمَنِه ؛ لأنَّ الثَّمَنَ لا يَتَقَسَّطُ على صِفَة السِّلْعَة مِن سِمَن أو هُزالِ أو عِلْم أو نعوه ، فيَصِيرُ كنَقْصِه لتَغَيُّر الأُسْعارِ . ولو كان المَبيعُ أَمَةً ثَيُّبًا ، فَوَطِئَهَا المُشْتَرِى ولم تَحْمِلْ ، فله الرُّجُوعُ فيها ؛ لِماذَكَرْنا ، فإنَّها لم تَنْقُصْ

البَيْع ِ والرُّجرع ِ ، لم يَمْنَع ِ الرُّجوعَ ، كالسِّمَن ِ . وإنْ كان حَمْلًا عندَ البَيْع ِ ، الإنصاف مُنْفَصِلًا عنا َ الرُّجوعِ ، فَوَجْهان . وأَطْلَقهما في « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . ومع الرُّجوعِ لِا أَرْشَ ، على الأظْهَر . وإنْ كانتْ حائلًا عندَ البَّيعِ ، حامِلًا [٢/ ١٣٧ ظ] عندَ الرُّجوع ، فقال في « الكُبْرَى » :

⁽١) في : المغنى ٦/١٥٥ .

⁽٢) في م : (بسببين) .

الشرح الكبير في ذاتٍ ولا صِفاتٍ . وإن كانت بكْرًا ، فقال القاضي : له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه فَقْدُ صِفَةٍ ، فَإِنَّه لَمْ يَذْهَبْ منها جُزْءٌ ، وإنَّما هو كالجراح ِ^(١) . وقال أبو بكر : ليس له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه أذْهَبَ منها جُزْءًا ، فأشْبَهَ ما لو فَقَا عَيْنَها . وإن وُجِد الوَطْءُ مِن غيرِ المُفْلِسِ ، فهو كوَطْء المُفْلِس فيما ذَكَرْنا .

فصل : وإن جُرِح العَبْدُ ، أو شُجَّ ، فعلى قولِ أبى بكرٍ ، لا يَرْجِعُ ؛ لأَنُّه ذَهَب جُزْءٌ يَنْقُصُ به الثَّمَنُ ، أَشْبَهَ ما لو فُقِئتْ عَيْنُ العَبْدِ ، ولأنَّه ذَهَب مِن العَيْنِ جُزْءٌ له بَدَلٌ ، فمنَعَ الرُّجُوعَ ، كما لو قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ ، ولأنَّه لو كان نَقْصَ صِفَةٍ مُجَرَّدَةٍ لم يَكُنْ مع الرُّجُوعِ فيها شيءٌ سِواه ، كما ذَكَرْنا في هُزال العَبْدِ ونِسْيانِ الصَّنْعَةِ ، وهُلهُنا بخِلافِه ، ولأنَّ الرُّجُوعَ في المَحَلِّ المَنْصُوصِ عليه يَقْطَعُ النِّزاعَ ويُزِيلُ المُعامَلَةَ بينهما ، فلا يَثْبُتُ في مَحَلُّ

الإنصاف فَوَجْهان . وقال في « التَّلْخيصِ » : هو كالسِّمَنِ ، والأَظْهَرُ ، يَتْبَعُ في الرُّجوعِ ِ كَالْبَيْعِ ِ . انتهى . وقال المُصَنِّفُ : قال القاضي : إنِ اشْتَراها حامِلًا ، وأَفْلَسَ بعدَ وَضْعِها ، فله الرُّجوعُ فيهما مُطْلَقًا . قال المُصَنِّفُ : والصَّحيحُ أنَّا إذا قُلْنا : لاحُكْمَ للحَمْلِ . فهو زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ . وإنْ قُلْنا : له حُكْمٌ . وهو الصَّحيحُ ، فإنْ كَان هو والأُمُّ قد زادا بالوَضْع ِ ، فزِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وإنْ لم يَزيدا ، جازَ الرُّجوعُ فيهما . وإنْ زادَ أحدُهما دُونَ الآخرِ ، خُرِّجَ على الرِّوايتَيْن فيما إذا كان المَبِيعُ عَيْنَيْن تَلِفَ بعضُ أحدِهما ، على ما تقدُّمَ . وإنْ كانتْ عندَ البَيْع ِ حائلًا ، وحامِلًا عندَ الرُّجوعِ ، وزادَتْ قِيمَتُها ، فزِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وإنْ أَفْلَسَ بعدَ الوَضْع ِ ، فزِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ . وقال

⁽١) فى ر ١ ، ر ، ق : ﴿ كَالْحُواجِ ﴾ .

لاَ يَثْبُتُ بِهِ هِذَا المَقْصُودُ . وقال القاضي : قِياسُ المَذْهَبِ أَنَّ لِهِ الرُّجُوعَ ؟ لأنَّه فَقْدُ صِفَةٍ ، فأشْبَهَ نِسْيانَ الصَّنْعَةِ واسْتِخْلاقَ الثَّوْبِ . فإذا رَجَع ، نَظَرْنَا فِي الْجَرْحِ ؛ فإن كان ممّا لا أَرْشَ له ؛ كالحاصِل بفِعْلِ الله تِعالى ، أو فِعْل بَهيمَةٍ ، أو جنايَةِ المُفْلِس ، أو جنايَةِ عَبْدِه ، أو جِنايَةِ العَبْدِ على نَفْسِه ، فليس له مع الرُّجُوع ِ أَرْشٌ . وإن كان الجَرْحُ مُوجِبًا لأرْش ِ ، كجِنايَةِ الأَجْنَبِيِّ [١٠٠٧/ و] فللبائِع إذا رَجَع أن يَضْرِبَ مع الغُرَماء بحِصَّة مَا نَقَص مِن الثَّمَن ، فيَنْظُرُ كم نَقَص مِن قِيمَتِه ، فيَرْجِعُ بقِسْطِ ذلك مِن الثَّمَن ؟ لأنَّه مَضْمُونٌ على المُشْتَرِى للبائِع ِ بالثَّمَن ِ . فإن قِيلَ : فهلَّا جَعَلْتُم له الأرْشَ الذي وَجَب على الأَجْنَبِيِّ ؛ لأنَّه لو لم يَجبْ به أَرْشٌ ، لَمْ يَرْجِعْ بشيءٍ ، فلا يَجُوزُ أَن يَرْجِعَ بِأَكْثَرَ مِنِ الأَرْشِ . قُلْنا : لَمَّا أَتْلَفَه الأَجْنَبِيُّ ، صار مَضْمُونًا بإِتْلافِه للمُفْلِسِ ، فكان الأَرْشُ له ، وهو مَضْمُونَ عِي المُفْلِسِ للبائِعِ بالثَّمَنِ ، فلا يَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَه بالأَرْش ، وإذا لم يُتْلِفُه أَجْنَبِيٌّ ، لم يَكُنْ مَضْمُونًا ، فلم يَجِبْ بفَواتِه شيءٌ . فإنِ قِيلَ : فها كان هذا الأرشُ للمُشْترى ، ككسبه ، لا يَضْمَنُه للبائِع ِ ؟ قُلْنا: الْكَسْبُ بَدَلُ مَنافِعِه ، ومَنافِعُه مَمْلُوكَةٌ للمُشْتَرِى بغيرِ عِوَضٍ ، وهذا بَدَلُ جُزْءِ مِن العَيْن ، والعَيْنُ جَمِيعُها مَضْمُونَةٌ بالعِوَض ، فلهذا ضَمِن ذلك للمُشْتَرِي .

القاضى : إِنْ وَجَدَها حامِلًا ، انْبَنَى على أَنَّ الحَمْلَ ، هل له حُكْمٌ ، فيكونُ زِيادَةً الإنصاف مُنْفَصِلَةً ، يَتَرَبَّصُ به حتى تضَعَ ، أَوْ لا حُكْمَ له ، كزِيادَةٍ مُتَّصِلَةٍ ؟ انتهى كلامُ المُصَنِّفِ مُلَخَّصًا .

فصل : فإنِ اشْتَرَى زَيْتًا فَخَلَطَه برَيْتِ آخَرَ ، أَو قَمْحًا فَخَلَطَه بما لا يُمْكِنُ تَمْيِيزُه منه ، سَقَط حَقُّ الرُّجُوعِ . وقال مالِكُّ : يَأْخُذُ أَرْشَه . وقال الشافعيُّ : إِن خَلَطَه بمِثْلِه أَو دُونِه ، لم يَسْقُطِ الرُّجُوعُ ، وله أَن يَأْخُذَ مَتاعَه بالكَيْلِ أَو الوَزْنِ . وإِن خَلَطَه بأَجُودَ منه ، ففيه قَوْلان ؛ أَحَدُهما ، يَسْقُطُ بالكَيْلِ أَو الوَزْنِ . وإِن خَلَطَه بأَجُودَ منه ، ففيه قَوْلان ؛ أَحَدُهما ، يَسْقُطُ حَقَّه . قال الشافعيُّ : وبه أقول . واحْتَجُوا بأَنَّ عَيْنَ مالِه مَوْجُودَةٌ مِن طَرِيقِ الحُكْم ، فكان له الرُّجُوعُ ، كا لو كانت مُنْفَرِدَةً ، ولأَنَّه ليس فيه (١٠ أَكْثُرُ مِن اخْتِلاطِ مالِه بغيرِه ، فلم يمنع ِ الرُّجُوعَ ، كا لو اشْتَرَى ثَوْبًا فَصَبَعَه ، أو سَوِيقًا فَلَتَه . ولَنَا ، أَنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ ، كا لو تَلِفَ مالُه ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ ، كا لو تَلِفَ مالُه . وقولُ النبي عَلِيلِهُ : « مَنْ فلم يَحْتَصُّ به دُونَ الغُرَماءِ ، كا لو تَلِفَ مالُه . وقولُ النبي عَلِيلِهُ : « مَنْ فلم يَحْتَصَّ به دُونَ الغُرَماءِ ، كا لو تَلِفَ مالُه . وقولُ النبي عَلِيلِهُ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه » (٣) . أَى مَن قَدَر عليه وتَمَكَّنَ مِن أَخْذِه مِن المُفْلِس ، أَذْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه » (٣) . أَى مَن قَدَر عليه وتَمَكَّنَ مِن أَخْذِه مِن المُفْلِس ،

الإنصاف

قوله: والزِّيادَةُ للمُفْلِسِ. هذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ، واخْتِيارُ ابنِ حامِدٍ، والقاضى، فى « رِوايَتَيْه »، و « المُجَرَّدِ »، والشَّرِيفِ، وأبى الخَطَّابِ فى « خِلَافَيْهِما »، وابن عَقِيلٍ فى « الفُصولِ »، والمُصَنِّفِ. وقال: لا يَنْبَغِى أَنْ يكونَ فيه خِلافٌ. قال فى « الكافِي »: هذا ظاهِرُ المذهبِ. قال الشَّارِحُ: هذا أصحُّ، إنْ شاءَالله . وجزَم به فى « الوَجيزِ ». وعنه، أنَّها للبائع ِ. وهى المذهبُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى فى « الجامِع ِ »، و « الخِلافِ »، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « الجامِع ِ »، و « الخِلافِ »، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم

⁽١) في م: «له».

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

⁽٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٥ .

بدَلِيلٍ ما لو وَجَدَه بعدَ زَوالٍ مِلْكِ الْمُفْلِس عنه ، أو كان مَسامِيرَ قد سَمَّرَ الشرح الكبير بها بابًا ، أو حَجَرًا قد بَنَى عليه ، أو خَشَبًا في سَقْفِه ، أو أَمَةً اسْتَوْلَدَها ، وهذا إذا أُخَذَ(') مِثْلَه أو قِيمَتَه ، إنَّما يَأْخُذُ عِوَضَ مالِه ، فهو كالثَّمَن والقِيمَةِ . وفارَقَ المَصْبُوغَ ، فإنَّ عَيْنَه يُمْكِنُه أَخْذُها ، والسَّويقُ كذلك ، فاختكفا

١٩١٧ – مسألة : ﴿ وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ أُو قَصَرَه (٢) ، لَم يُمْنَعِ

به في « المُنوِّر » ، و « مُنْتَخَب الآدَمِيِّ » . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِب » ، الإنصاف و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ التَّلْخيص ﴾ ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايَتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحَاوِيَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الفُروعِ ِ » ، و ﴿ الفائقِ ﴾ . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » . وأطْلَقهما الزَّرْكَشِيُّ . ويأْتِي نَظِيرُ ذلك في الهَبَةِ واللُّقَطَةِ . فعلى الأوُّل ، إذا كانتِ الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ وَلَدًا صَغِيرًا ، أُجْبِرَ البائعُ على بَذْل قِيمَتِه . وكذا إنْ كان كَبيرًا ، وقُلْنا : يَحْرُمُ التَّفْرِيقُ . فإنْ أَبِي ، بطَل الرُّجوعُ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفي الآخَرِ ، يُباعَان ، ويُصْرَفُ إليه ما خَصَّ الأُمُّ . قالَه في « التَّلْخيص » . وقال في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » : فلو كانتِ الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ وَلَدَ أُمَةٍ ، فله أُخذُه بقِيمَتِه ، أو بَيْعُ الأُمِّ معه ، وله قِيمَتُها ذَاتُ وَلَدٍ بغيرٍ وَلَدٍ . زَادَ في « الفائقِ » ، ويَحْتَمِلُ مَنْعُ الرُّجوعِ في الأُمِّ . قال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : إنْ لم يَدْفَعْ قِيمَتَه ، فلا رُجوعَ .

قوله : وإنْ صبَغ الثُّوْبَ أو قصَرَه ، لم يُمْنَع ِ الرُّجُوعَ ، والزِّيادَةُ للمُفْلِس . هذا

⁽١) في الأصل : ﴿ وَجِدْ ﴾ .

⁽٢) قَصَرَ الثوبَ : دقَّه وبيَّضه .

الشرح الكبير الرُّجُوعَ ، والزِّيادَةُ للمُفْلِس) إذا صَبَغ المُفْلِسُ الثَّوْبَ ، أو لَتَّ السَّويق بزَيْتٍ ، فقال أَصْحَابُنا : لبائِع ِ الثَّوْبِ والسُّويقِ الرُّجُوعُ في أَعْيَانِ أَمُوالِهِما . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِهِما قائِمَةٌ مُشَاهَدَةٌ ما تَغَيَّرَ اسْمُها ، ويَكُونُ المُفْلِسُ شَرِيكًا لصاحِبِ الثَّوْبِ والسَّوِيقِ بما زاد عن قِيمَتِهما . فإن حَصَل زِيادَةً فهي له ، وإن حَصَل نَقْصٌ فعليه ، وإن نَقَصَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ أو السَّوِيقِ ، فإن شاء (١) البائِعُ أَخَذَهما [١٠٧/٤] ناقِصَيْن ولا شيءَ له ، وإن شاء تَرَكَهما وله أُسْوَةُ الْغُرماء ؛ لأنَّ هذا نَقْصُ صِفَةٍ ، فهو كالهُزالِ . قال شيخُنا(٢) : ويَحْتَمِلُ أن لا يَكُونَ له الرُّجُوعُ إذا زادَتِ

القِيمَةُ ؛ لأنَّه اتَّصَلَ بالمَبِيعِ زيادَةً للمُفْلِسِ ، فمَنَعَتِ الرُّجُوعَ ، كَسِمَنِ

العَبْدِ ، ولأنَّ الرُّجُوعَ لا يَتَخَلَّصُ به البائِعُ مِن المُفْلِس ، ولا يَحْصُلُ به

المَقْصُودُ مِن قَطْع ِ المُنازَعَةِ وإزالَةِ المُعامَلَةِ ، بل يَحْصُلُ له ضَرَرُ

الشَّرِكَةِ ، فلم يَكُنْ في مَعْنَى المَنْصُوصِ عليه ، فلا يُمْكِنُ إِلْحاقُه به .

الإنصاف المذهبُ. جزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و ﴿ الْكَافِي ﴾ ، و ﴿ الْوَجِيزِ ﴾ ، و ﴿ شُرْحِ ابن مُنجَّى ﴾ ، وغيرهم . وقدَّمه في « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقي » ، وغيرهم . واختارَه القاضي وغيرُه . قال صاحِبُ « التَّلْخيصِ » وغيرُه : هذا المذهبُ . قال المُصَنِّفَ ، والشَّارِحُ : إذا صَبَغ النُّوبَ ، أو لَتَّ السُّويقَ بزَيْتٍ ، فقال أصحابُنا : لبائع ِ الثَّوْبِ والسُّويقِ الرُّجوعُ في أعْيانِ أمْوالِهما . قال المُصَنِّفُ : ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يكونَ لهما

⁽١) في الأصل: ﴿ سأل ﴾ .

⁽٢) في : المغنى ٦/٧٦ه .

فصل : فإن قَصَرَ الثَّوْبَ ، لم يَخْلُ مِن حالَيْن ؛ أَحَدُهما ، أن لا تَزيدَ قِيمَتُه بذلك ، فللبائِع ِ الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِه قائِمَةٌ لم يَزُل اسْمُها ، و لم يَتْلَفْ بَعْضُها ، ولا اتَّصَلَتْ بغيرِها ، فكان له الرُّ جُوعُ ، كما لو عَلَّمَ الْعَبْدَ صِناعَةً لم تَزِدْ بها قِيمَتُه . وسَواءٌ نَقَصَتْ قِيمَتُه بذلك أو لم تَنْقُصْ ؟ لأنَّ ذلك النَّقْصَ نَقْصُ صِفَةٍ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، كنِسْيانِ صِناعَةٍ ، وهُزالِ العَبْدِ ، ولا شيءَ له مع الرُّجُوعِ . الثانِي ، أن تَزِيدَ قِيمَتُه بذلك ، فليس لِلبائِع ِ الرُّجُوعُ ، في قِياس قول الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه زاد زِيادَةً لا تَتَمَيَّرُ زِيادَتُها ، فلم يَمْلِكِ البائِعُ الرُّجُوعَ فيه ، كَسِمَنِ العَبْدِ ، ولأنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه مُتَمَيِّزَةً عن غيرِها ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ، كبائِع ِ الصِّبْغ ِ إذا صُبغ به . وقال القاضي وأصحابُه : له الرُّجُوعُ فيها ؛ لأنُّه أَدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه ، ولأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه لم يَتَغَيَّر اسْمُها ، ولا ذَهَبَتْ عَيْنُها ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ

الرُّجوعُ إذا زادَتِ القِيمَةُ ، كسِمَن العَبْدِ . وقالا : وإنْ قَصَرَ الثُّوبَ ، فإنْ لم تَزِدْ الإنصاف قِيمَتُه ، فللبائع ِ الرُّجوعُ فيه ، وإنْ زادَتْ ، فليس له الرُّجوعُ ، في قِياس قَوْل الخِرَقِيِّ . وقال القاضي ، وأصحابُه : له الرُّجوعُ . انتهيا . وقال ابنُ أبي مُوسى : إذا زادَتِ العَيْنُ بقَصارَةٍ ، أو صِناعَةٍ ، ونحوهما ، امْتنَعَ الرُّجوعُ . وهو ظاهِرُ كلام الخِرَقِيِّ . وقال في ﴿ الفُروعِ ﴾ : وإنْ صبَغَه أو قصَرَه ، فله أَسْوَةُ الغُرَماءِ في وَجْهٍ فيهما ، كَنَقْصِه بهما في الأصحِّ . وقال في « الفائقِ » : وإنْ صبَغ الثَّوْب ، أو قصَرَه ، لم يَمْنَعْ ، ويُشارِكه المُفْلِسُ في الزِّيادَةِ . وقيل : لا رُجوعَ إنْ زادَتِ القِيمَةُ . وقال في « المُسْتَوْعِبِ » : وإنْ كانتْ ثِيابًا ، فصبَغَها أو قَصَرَها ، فذكر ابنُ أبِي مُوسى ، أَنَّه يكونُ أُسْوَةَ الغُرَماءِ . وقال القاضي : لا يَمْنَعُ الرُّجوعَ . وقال في ﴿ الرِّعايَةِ

الشرح الكبير فيها ، كما لو صَبَغَها . فعلى قَوْلِهم : إن كانَتِ القِصارَةُ بعَمَل المُفْلِس أو بأُجْرَةٍ وفَّاها ، فهما شَرِيكان في الثَّوْبِ ، فإذا كانت قِيمَةُ الثَّوْب خَمْسَةً ، فصار يُساوِي سِتَّةً ، فللمُفْلِسِ شُدْسُه ، وللبائِع ِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِه . فإنِ اخْتَارَ البَائِعُ دَفْعَ قِيمَةِ الزِّيادَةِ إِلَى المُفْلِس ، لَزِمَه قَبُولُها ؛ لأنَّه يَتَخَلَّصُ بذلك مِن ضَرَرِ الشّرِكَةِ مِن غيرِ مَضَرَّةٍ تَلْحَقُه ، فأشْبَهَ ما لو دَفَعَ الشَّفِيعُ قِيمَةُ البِناءِ إلى المُشْتَرِي ، وإن لم يَخْتَرْ ، بيعَ الثَّوْبُ ، وأَخَذَ كلُّ واحِدٍ بِقَدْرِ حَقَّه . وإن كان العَمَلُ مِن صانِع لِم يَسْتَوْفِ أَجْرَه ، فله حَبْسُ النُّوبِ على اسْتِيفاءِ أَجْرِه . فإن كانَتِ الزِّيادَةُ بقَدْرِ الأَجْرِ ، دُفِعَتْ إليه ، وإن كانت أُقلُّ ، فله حَبْسُ الثُّوبِ على اسْتِيفاءِ (١) قَدْرِ الزِّيادَةِ ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماء بِمَا بَقِيَ ، وإن كانت أَكْثَرَ ، مِثْلَ أَن تَكُونَ الزِّيادَةُ دِرْهَمَيْن ، والأَجْرُ دِرْهَمٌ ، فله قَدْرُ أَجْرِه ، وما فَضَل للغُرَماء .

الإنصاف الكُبْرَى » : إِنْ قَصَر الثَّوْبَ ، وقُلْنا : يرْجِعُ في الأَثْيَسِ . فزادَتْ قِيمَتُه ، رجَع فيه ربُّه في الأصحِّ ، والزِّيادَةُ للمُفْلِسِ في الأَثْيَسِ ، فله مِنَ الثَّوْبِ بِنِسْبَةِ ما زادَ مِن قِيمَتِه . وقيل : بل أُجْرَةُ القِصارَةِ ، إلَّا أَنْ يَتْلَفَ بيَدِه ، فيَسْقُطَ . وقيل : القِصارَةُ كَالسِّمَنِ ، وَفَي أُجْرَتِهَا وَجْهَانَ . وَإِنْ لَمْ تَزِدُو لَمْ تَنْقُصْ ، فله الرُّجوعُ ، أَو يُشارِكُه الغُرَماءُ . وقال في صَبْغ ِ الثَّوْبِ : وإنْ صَبَغَه ، فزادَتْ قِيمَتُه بقَدْرِ قِيمَةِ الصِّبْغ ِ ، رجَع البائعُ في الأصحِّ ، وشارَكَ المُفْلِسَ فيه بقِيمَةِ صَبْغِه ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَها البائعُ ، فَإِنْ أَبَى دَفْعَها ، أَجْبِرَ عَلَى بَيْعِ حَقِّه . وإِنْ نقَصَتْ عَن قِيمَةِ الصِّبْغِ ِ ، فالنَّقْصُ مِنَ المُفْلِسِ ، وإنْ زادَتْ قِيمَتُها ، فالزِّيادَةُ ، مع قِيمَةِ الصُّبْغِ ، له . وقيل : يَشْتَرِكان

⁽١) سقط من: م .

فصل (۱): وإنِ اشْتَرَى صِبْغًا فصَبَغَ به ثُوبًا ، أو زَيْتًا فلَتَ به سَوِيقًا ، فبائِعُهما أُسْوَةُ الغُرَماءِ . وقال أَصْحابُ الشافعي : له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه . قالوا : ولو اشْتَرَى تُوْبًا وصِبْغًا ، فصَبَغَ الثوبَ بالصِّبْغِ ، رَجَع بائِعُ كلِّ شيءٍ في عَيْنِ مالِه ، وكان بائِعُ الصِّبْغِ شريكًا لبائِع الثَّوب . وإن حَصَل نَقْصٌ ، فهو مِن صاحِب الصِّبْغِ ؛ لأنَّه الذي يَتفَرَّقُ ويَنْقُصُ ، والتَّوبُ بحالِه ، فإذا كانت قِيمَةُ الثَّوبِ عَشَرَةً وقِيمَةُ الصَّبْغِ خَمْسَةً ، والتَّوبُ بحالِه ، فإذا كانت قِيمَةُ الثَّوبِ عَشَرَ ، كان لصاحِب التَّوبِ خَمْسَةُ ، واللَّوب ، وللآخر سُدْسُه ، ويَصْرِبُ مع الغُرَماءِ بما نَقْص ، وذلك أَسْداس التَّوب ، وللآخر سُدْسُه ، ويَصْرِبُ مع الغُرَماءِ بما نَقَص ، وذلك أَلْدَتَةُ دَراهِمَ . وذَكَرَ القاضي في مَوْضِع مِثْلَ هذا . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ (۱) ، كا لو تَلِف ، ولأنَّ المُشْتَرِى شَغَلَه بغيرِه على وَجْهِ البَيْع ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ (۱) ، كا لو تَلِف ، ولأنَّ المُشْتَرِى شَغَلَه بغيرِه على وَجْهِ البَيْع ، فلم يَمُلِكْ بائِعُه الرُّجُوعَ فيه ، كا لو كان حَجَرًا فبنَى عليه ، أو مَسامِيرَ فسَمَّرَ بها بابًا . ولو اشْتَرَى تُوبًا وصِبْغًا مِن واحِد ، فصَبَعَه عليه ، فقال أَصْحابُنا : هو كا لو كان الصِّبْغُ مِن غيرِ بائِع ِ الثَّوْبِ . فعلى به ، فقال أَصْحابُنا : هو كا لو كان الصِّبْغُ مِن غيرِ بائِع ِ الثَّوْبِ . فعلى به ، فقال أَصْحابُنا : هو كا لو كان الصَّبْغُ مِن غيرِ بائِع ِ الثَّوْبِ . فعلى

منه بالنَّسْبَةِ . وإنْ لم تَزِدْ قِيمَتُه ، فلرَبِّه أَحْذُه مجَّانًا ، أو يكونُ كالغُرَماءِ . وإنْ نقَصَتْ الإنصاف قِيمَتُه ، لم يَرْجِعْ في الأَقْيَسِ . انتهى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو كانتِ السَّلْعَةُ صِبْغًا ، فصبَغ به ، أو زَيْتًا فلَتَّ به ، فلا رُجوعَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « الفائقِ » : [١٣٨/٢ و] فلا رُجوعَ

⁽١) سقط هذا الفصل من : ر ، ق .

⁽٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير قَوْلِهِم ، يَرْجِعُ في الثَّوب وَحْدَه ، ويكونُ المُفْلِسُ شَريكًا له بزيادَةِ الصِّبْغ ِ ، ويَضْر بُ مع الغُرَماء بئمَن الصِّبْغ ِ . ويَحْتَمِلُ أَن يَرْجعَ فيهما هَلْهُنا ؛ لأَنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه مُتَمَيِّزًا عن غيره ، فكان له الرُّجُوعُ فيه ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ المَعْنَى في المَحَلِّ الذي ثَبَت فيه الرُّجُوعُ مَوْجُودٌ هـ هُنا ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ به ، كَما يَمْلِكُه ثَمَّ . ولو اشْتَرَى دُفُوفًا (١) ومَسامِيرَ مِن بائِعٍ واحِدٍ ، فَسَمَّرَها به ، رَجَع بائِعُهما فيهما ؛ لذلك ، وكذلك ما أَشْبَهَه .

فصل : ولو اشْتَرَى أَمَةً حامِلًا ، ثم أَفْلَسَ وهي حامِلٌ ، فله الرُّجُوعُ فيها ، إِلَّا أَن يكونَ الحَمْلُ قد زاد بكِبَره وكَثُرَتْ قِيمَتُها بسَبَبه ، فيكونُ مِن قَبِيلِ الزِّيادَةِ المُتَّصِلَةِ ، على ما مَضَى . وإن أَفْلَسَ بعدَ وَضْعِها ، فقال القاضى: لهُ الرُّجُوعُ فيهما بكلِّ حالٍ مِن غيرِ تَفْصِيلٍ. قال شيخُنا^(١): والصَّحِيحُ أَنَّنا إِن قُلْنا : إِنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له . فالوَلَدُ زيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ فيهما (٦) ، على قول أبي بكر ؟ لأنَّ الزِّيادَةَ المُنْفَصِلَةَ عندَه

الإنصاف في الأصبح . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْح ِ » . وجزَم به في « الكافِي » وغيرِه . قال القاضي : له الرُّجوعُ . وجزَم في « المُغْنِي » ، و « الكافِي » ، و « الشُّرْحِ » ، وغيرهم ، بأنَّه إذا خلَطَه بمِثْلِه على وَجْهِ لا يَتَمَيَّزُ ، يَمْتَنِعُ الرُّجوعُ ، كَخَلْطِ الزَّيْتِ والقَمْحِ ونحوهما بمِثْلِه . الثَّانيةُ ، لو كان الثَّوْبُ والصِّبْغُ مِن واحدٍ ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : قال أصحابُنا : هو كما لو كان الصِّبْعُ مِن غيرِ بائع ِ

⁽١) كذا في النسخ ، وفي المغنى ٤٨/٦ : ﴿ رَفُوفًا ﴾ . ولعله الصواب .

⁽٢) في : المغنى ٦/١٥٥ .

⁽٣) في م : (فيها) .

للبائِع ِ ، وهذه زيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، وعلى قولِ غيرِه يكونُ الوَلَدُ للمُفْلِسِ ، فَيَحْتَمِلُ أَن يَمْتَنِعَ الرُّجُوعُ في الْأُمِّ ؛ لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى التَّفْرِيقِ بينَ الْأُمِّ ووَلَدِها ، ويَحْتَمِلُ أَن يَرْجِعَ في الْأُمِّ ويَدْفَعَ قيمَةَ الوَلدِ ؛ ليكونا جميعًا له . وإن لم يَفْعَلْ ، بِيعَتِ الْأُمُّ وولدُها جميعًا ، وقُسِمَ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهما ، فما خَصَّ الأُمَّ فهو للبائِع ِ ، وما خَصَّ الوَلَدَ للمُفْلِس ِ . وإن قُلْنا : إنَّ للوَلَدِ حُكْمًا . وهو الصَّحِيحُ ؛ لِما ذَكَرْناه فيما تَقَدَّمَ ، فإن(') كانَتِ الأُمُّ والوَلَدُ قد زادا بالوَضْع ِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المَبِيع ِ الزّائِد زِيادَةً مُتَّصِلَةً . وإن لم يَزِيدا ، جاز الرُّجُوعُ فيهما . وإن زاد أَحَدُهما دُونَ الآخَر ، خُرِّجَ على الرُّوايتَيْن فيما إذا كان المبيعُ عَيْنَيْن فتَلِفَ بعضُ إحْداهما ، هل يَمْنَعُ ذلك الرُّجُوعَ فِي الْأُخْرَى ؟ كذلك يُخَرُّجُ هَلْهُنا وَجْهان ؛ أحدُهما ، أنَّ له الرُّجُوعَ فيما لم يَزِدْ دُونَ ما زاد . فَيَكُونُ حُكْمُه حُكْمَ الرُّجُوعِ في الأُمِّ دُونَ الوَلَدِ ، على ما فَصَّلْناه . والثانِي ، ليس له الرُّجُوعُ في شيء منهما ؟ لأنَّه لم يَجِدِ المَبِيعَ إِلَّا زائِدًا ، فأشْبَهَ العَيْنَ الواحِدَة . فإن كان المَبِيعُ حَيَوانًا [١٠٨/٤] غيرَ الأَمَةِ ، فَخُكْمُه خُكْمُها ، إِلَّا فِي التَّفْرِيقِ بِينَهما ، فإنَّه جائزٌ ، بخلاف الأمة .

الثَّوْبِ. فعلى قُوْلِهِم ، يَرْجِعُ فى الثَّوْبِ وحدَه ، ويكونُ المُفْلِسُ شَرِيكًا بزِيادَةِ الإنصاف الصَّبْغ ِ. قال : ويَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ فيهما ههنا ، الصَّبْغ ِ. قال : ويَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ فيهما ههنا ، كا لو اشْتَرَى دُفُوفًا (٢) ومَسامِيرَ مِن واحدٍ ، فسَمَرَها بها ، فإنَّه يَرْجِعُ فيهما .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) كذا بالنسخ .

فصل : فإنِ اشْتَرَى حائِلًا ، فَحَمَلَتْ ، ثُمْ أَفْلَسَ وهي حامِلٌ ، فزادت قِيمَتُها به ، فهي زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، على قولِ الخِرَقِيِّ ، ولا تَمْنَعُه ، على رِوايَةِ المَيْمُونِيِّ . وإن أَفْلَسَ بعدَ وَضْعِها ، فهي زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، فتكونُ للمُفْلِسِ ، على الصَّحِيحِ . ويَمْتَنعُ (الرُّجُوعُ في الأُمُّ دُونَ وَلَدِها ؛ لِما فيه مِن التَّفْرِيقِ بينَهما . وهذا أَحَدُ قَوْلَى الشافعيِّ . ويَحْتَمِلُ أَن يَرْجِعَ في الأُمُّ ، على ما ذكرُنا في التي قبلَها . وعلى قولِ أبي بكر ، الزِّيادَةُ للبائِعِ ، فيكونُ له الرُّجُوعُ فيهما . وقال القاضي : إذا وَجَدَها حامِلًا ، انْبَنَى على أَنَّ الحَمْلَ هل له حُكْمٌ أو لا ؟ فإن قُلْنا : لا حُكْمَ له . جَرَى مَجْرَى الزِّيَادَةِ المُتَّصِلَةِ . وإن قُلْنا : له حُكْمٌ . فالوَلَدُ في حُكْم المُنْفَصِلِ ، تَتَرَبَّصُ به حتى تَضَعَ ، ويكونُ الحُكْمُ فيه كما وَجَدَه بعدَ وَضْعِه . وإن كان الحَمْلُ في غيرِ الآدَمِيَّةِ ، جاز التَّفْرِيقُ بينَهما ، كَا تَقَدَّمُ .

فصل: فإن كان المَبِيعُ نَخْلًا أُو شَجَرًا ، فأَفْلَسَ المُشْتَرِى ، لَم يَخْلُ مِن أَرْبَعَةِ أَحُوالٍ ؛ أَحَدُها ، أن يُفْلِسَ وهى بحالِها ، لم تَزِدْ ولم تُثْمِرْ ولم يَثْلَفْ بَعْضُها ، فله الرُّجُوعُ فيها . الثانِي ، أن يكونَ فيها ثمَرٌ ظاهِرٌ ، أو طَلْعٌ مُوَّبَرٌ ، فيَشْتَرِطَه المُشْتَرِى فَيَأْكُلَه أُو يَتَصَرَّفَ فيه، أو يَذْهَبَ بجائِحَةٍ ، ثم يُفْلِسَ ، فهذا في حُكْمِ ما لو اشْتَرَى عَيْنَيْن فَتَلِفَتْ إِحْداهما ثم أَفْلَسَ ،

⁽١) في م : ﴿ تمنع ﴾ .

فهل للبائِع ِ الرُّجُوعُ في الْأُصُولِ ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بحِصَّةِ التَّالِفِ مِن الشرح الكبير الثَّمَرِ ؟ على روايَتَيْن . وإنْ تَلِف بَعْضُها ، فهو كتَلَف جَمِيعِها . وإن زادت أو بَدا صَلاحُها ، فهذه زيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ في إحْدَى العَيْنَيْن ، وقد ذَكَرْنا بيانَ حُكْمِها . الحالُ الثالثُ ، أن يَبيعَه نَخْلًا قد أَطْلَعَتْ و لم تُؤَبَّرْ ، أو شَجَرًا فيه ثَمَرَةٌ لم تَظْهَرْ ، فهذه تَدْخُلُ في مُطْلَق البَيْع ِ . فإن أَفْلَسَ بعدَ تَلَف الثَّمَرَةِ أو بَعْضِها أو الزِّيادَةِ فيها أو بُدُوِّ صَلاحٍ ، فحُكْمُ ذلك جُكْمُ تَلَفِ بعض المبيع وزيادَتِه المُتَّصِلَة ؛ لأنَّ المبيعَ كان بمنْزلَة العَيْن الواحِدة ، ولهذا دَخَلِ الثَّمَرُ في مُطْلَق البّيع ِ ، بخِلافِ التي قبلَها . الحالُ الرابعُ ، باعَه نَخْلًا حائِلًا فأطْلَعَتْ ، أو شَجَرًا فأثْمَرَ ، فذلك على أرْبَعَةِ أَضْرُب ؛ أَحَدُها ، أَن يُفْلِسَ قبلَ تَأْبيرِ ها ، فالطَّلْعُ زيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهو اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ ، كالسِّمَن . ويَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ فِي النَّخْلِ دُونَ الطَّلْعِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ فَصْلَه ، ويَصِحُ إِفْرادُه بالبَيْعِ ، فهو كالمُؤبَّر ، بخِلافِ السِّمَن . وهذا قولَ ابن حامِدٍ . وعلى رِوايَةِ المَيْمُونِيِّ ، لا يَمْنَعُ ، بل يَرْجِعُ ، ويكونُ الطُّلْعُ للبائِع ِ ، كما لو [١٠٠١/] فُسِخَ بعَيْبِ (١) . وهو أحَدُ قَوْلَي ِ الشافعيِّ . والقولُ الثانِي ، يَرْجِعُ في الأَصْلِ دُونَ الطُّلْعِ ِ ، وكذلك عندَهم الرَّدُّ بالعَيْبِ ، والأخْذُ بالشُّفْعَةِ . الضَّرْبُ الثانِي ، أَفْلَسَ بعدَ التَّأْبِيرِ وظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، والطَّلْعُ للمُشْتَرِي ، إِلَّا على قولِ أبي بكر .

⁽١) في م : ﴿ العيبِ ﴾ .

الشرح الكبير والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ لا تَتْبَعُ في البّيْع ِ الذي يَثْبُتُ بتَراضِيهما ، ففي الفَسْخِ الحاصِل بغير رضا المُشْتَرى أوْلَى . ولو باعَهُ أَرْضًا فارغَةً ، فزَرَعَها المُشْتَرى ثم أَفْلَسَ ، فإنَّه يَرْجِعُ في الأرْضِ دُونَ الزَّرْعِ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ ذلك مِن مال المُشْتَرى . الضَّرْبُ الثَّالِثُ ، أَفْلَسَ والطُّلْعُ غيرُ مُؤَّبُّرٍ ، فلم يَرْجِعْ حتى أُبِّرَ ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ فيه ، كما لو أَفْلَسَ بعدَ التَّأْبِيرِ ؛ لأنَّ العَيْنَ لا تَنْتَقِلُ إِلَّا باخْتِيَارِه ، وهذا لم يَخْتَرْها إِلَّا بعدَ تَأْبِيرِها . فإنِ ادَّعَى البائِعُ الرُّجُوعَ قبلَ التَّأْبِيرِ ، وأَنْكَرَ المُفْلِسُ ، فالقولُ قولُ المُفْلِس مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ بقَاءُ مِلْكِه . وإن قال البائِعُ : بعْتُ بعدَ التَّأْبِيرُ . وقال المُفْلِسُ : بل قبلَه . فالقول قولُ البائِع ِ ؛ لهذه العِلَّةِ . فإن شَهِد الغُرَماءُ للمُفلِسِ ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُهم ؛ لأنَّهم يَجُرُّونَ إلى أَنْفُسِهم نَفْعًا . وإن شَهدُوا للبائِع ِ وهم عُدُولٌ قُبلَتْ شَهادَتُهم ؛ لعَدَم التُّهْمَةِ في حَقُّهم . الضَّرْبُ الرَّابعُ ، أَفْلَسَ بعدَ أَخْذِ النَّمَرَةِ (١) أو ذَهابها بجائِحَةٍ أو غيرها ، فله الرُّجُوعُ في الأصْل ، والتَّمَرَةُ للمُشْتَرى ، إلَّا على قول أبي بكْر . وكُلُّ مَوْضِع لِا يَتْبَعُ الثُّمَرُ الشُّجَرَ إذا رَجَع البائِعُ فيه ، فليس له مُطالَبَةُ المُفْلِس بَقَطْع ِ الثَّمَرَةِ قبلَ أوانِ الجذاذِ . وكذلك إذا رَجَع في الأرْضِ وفيها زَرْعٌ للمُفْلِسِ ، فليس له المُطالَبَةُ بأُخْذِه قبلَ أو ان الحَصادِ ؟ لأَنَّ المُشْتَرِى زَرَع في أَرْضِه بحَقٌّ ، وطَلْعُه على الشَّجَر بحَقٌّ ، فلم يَلْزَمْه أَخْذُه قبلَ كَالِه ، كَا لُو باع الأَصْلَ وعليه الثَّمَرَةُ ، أَو الأَرْضَ وفيها زَرْعٌ .

⁽١) في م : ﴿ الشَّمْنِ ﴾ .

وليس على صاحِب الزَّرْعِ أَجْرٌ ؟ لأنَّه زَرَع في أرْضِه زَرْعًا يَجِبُ تَبْقِيَتُه ، فَكَأَنَّه اسْتَوْفَى مَنْفَعَةَ الأَرْض ، فلم يَكُنْ عليه ضَمانُ ذلك . إذا ثَبَت هذا ، فَإِنِ اتَّفَقَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ على التَّبْقِيَةِ أَو القَطْعِ ، فلهم ذلك ، وإنِ اخْتَلَفُوا ، فَطَلَبَ بَعْضُهم القَطْعَ وبَعْضُهم التَّبَّقِيَةَ ، وكان ممَّا لا قِيمَةَ له مَقْطُوعًا ، أو قِيمَتُه يَسِيرَةٌ ، لم يُقْطَعْ ؛ لأَنَّ قَطْعَه سَفَةٌ وإضاعَةُ مالِ ، وقد نَهَى النبيُّ عَلِيْكُ عِن إضاعَتِه . وإن كانت قِيمَتُه كَثِيرَةً ، قُدِّمَ قُولُ مَن طَلَب القَطْعَ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْن ؟ لأَنَّ في تَبْقِيَتِه غَرَرًا ، ولأنَّ طالِبَ القَطْع ِ إِن كان المُفْلِسَ ، فهو يَقْصِدُ تَبْرِئَةَ ذِمَّتِه ، وإن كان الغُرَماءَ ، [١٠٩/٤] فهم يَطْلُبُونَ تَعْجِيلَ حُقُوقِهم ، وذلك حَقٌّ لهم . وهذا قولُ القاضي ، وأكْثَرِ الشَّافِعِيَّةِ . الثانِي ، يُنْظَرُ ما فيه الحَظُّ فيعْمَلُ به ؟ لأنَّ ذلك أَنْفَعُ للجَمِيعِ ، والظَّاهِرُ سَلامَتُه ، ولهذا يَجُوزُ أن يُزْرَعَ للمُوَلَّى عليه . وفيه وَجْهُ آخَرُ ، أَنُّه (١) إِن كَانِ الطَالِبُ القَطْعَ الغُرَماءَ ، وَجَبِ إِجابَتُهم ؛ لأَنَّ حُقُوقَهم حالَّةً ، فلا يَلْزَمُهم تَأْخِيرُها مع إمْكانِ إيفائِها ، وإن كان الطَّالِبُ المُفْلِسَ دُونَهِم ، وكان التَّأْخِيرُ أَحَظُّ ، لم يُقْطَعْ (٢) ؛ لأنَّهم رَضُوا بتَأْخِيرِ حُقُوقِهم لَحَظُّ يَحْصُلُ لهم وللمُفْلِس ، والمُفْلِسُ يَطْلُبُ ما فيه ضَرَرٌ بنَفْسِه ومَنْعُ الغُرَماء مِن اسْتِيفاء القَدْر الذي يَحْصُلُ مِن الزِّيادَةِ بالتَّأْخِيرِ ، فلا يَلْزَمُ الغُرَماءَ إجابَتُه إلى ذلك .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في م: ﴿ يقع ﴾ .

فصل : فإنْ أَقَرَّ الْغُرِمَاءُ بِالطَّلْعِ أَوِ الزَّرْعِ لِلْبَائِعِ ، ولَم يَشْهَدُوا بِه ، أو شَهدُوا به وليسوا عُدُولًا ، أو لم يُحْكَمْ بشَهادَتِهم ، حَلَف المُفْلِسُ ، وثَبَت الطَّلْعُ له ، يَنْفَرِدُ به دُونَهم ؛ لأَنَّهُم يُقِرُّونَ أَنَّهم(') لا حَقَّ لهم فيه . فإن أراد دَفْعَه إلى أَحَدِهم ، أو تَخْصِيصَه بثَمَنِه ، فله ذلك ؛ لإِقْرارِ باقِيهم أَنَّه لا حَقَّ لهم فيه . فإنِ امْتَنَعَ ذلك الغَرِيمُ مِن قَبُولِه ، أُجْبِرَ عليه ، أو على الإِبْراءِ مِن قَدْرِه مِن دَيْنِه . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ به للمُفْلِس ، فكان له أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَه منه ، كما لو أَدَّى المُكاتَبُ نُجُومَ كِتابَتِه إلى سَيِّدِه ، فقال سَيِّدُه : هي حَرامٌ . وأَنْكَرَ المُكاتَبُ . وإن أراد قَسْمَه على الغُرَماءِ ، لَزِمَهم قَبُولُه أو الإبْراءُ ؛ لِما ذَكَرْنا . فإن قَبَضُوا الثَّمَرَةَ بعَيْنِها ، لَزِمَهم رَدُّها إلى البائِع ِ ؛ لأنَّهم مُقِرُّون له بها ، فلَزِمَهم دَفْعُها إليه ، كَمَا لُو أَقَرُّوا بَعِتْقِ عَبْدٍ ، ثم اشْتَرَوْه . فإن باع الثَّمَرَةَ ، وقَسَمَ ثَمَنَها فيهم ، أُو دَفَعَه إلى بَعْضِهم ، لم يَلْزَمْه رَدُّ ما أَخَذَ مِن ثَمَنِها ؟ لأنَّهم اعْتَرَفُوا بالعَيْن ، لا بثَمَنِها . وإن شَهِدَ بَعْضُهم دُونَ بعض ِ ، أو أقرَّ بَعْضُهم دُونَ بعض ِ ، لَزِم الشَّاهِدَ أو المُقِرَّ الحُكْمُ الذي ذَكَرْناه دُونَ غيرِه . وإن عَرَض عليهم المُفْلِسُ الثَّمَرَةَ بعَيْنِها ، فأبَوْا أَخْذَها ، لم يَلْزَمْهم (٢) ذلك ؛ لأنَّهم إنَّما يَلْزَمُهم الاسْتِيفاءُ مِن جِنْسِ دُيُونِهم ، إلَّا أن يكونَ فيهم مَن له مِن جِنْسِ الثَّمَرِ أو الزَّرْعِ ، "كالمُقْرِض والمُسْلِمِ" ، فيَلْزَمُه أَخْذُ ما عُرض عليه

⁽١) في ر، ق، م: ﴿ لأنه ١ .

⁽٢) في الأصل: ﴿ يلزمه ﴾ .

⁽٣ – ٣) في الأصل : ﴿ كَالْقَرْضُ وَالْمُسْلَمُ فَيْهِ ﴾ .

إذا كان بصِفَة حَقِّه . ولو أقرَّ الغُرَماءُ بأنَّ المُفْلِسَ أعْتَقَ عَبْدًا له قبلَ فَلَسِه ، ويكونُ فأنْكَرَ ذلك ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهم ، إلَّا أَن يَشْهَدَ منهم عَدْلان بإعْتاقِه ، ويكونُ عُكْمُهم في قَبْضِ العَبْدِ وأَخْدِ ثَمَنِه - إِن عَرَضَه عليهم - لحَكْمَ ما لو أقرُّوا بالثَّمَرَةِ للبائِع ِ . وكذلك إِن أقرُّوا بعَيْنِ ممّا في يَدَيْه أَنَّها غَصْبُ أَو عارِيَّةً التَّمَرَةِ للبائِع ِ . وكذلك إِن أقرُّوا بعَيْنِ ممّا في يَدَيْه أَنَّها غَصْبُ أَو عارِيَّةً أَو المَنْمَرةِ للبائِع ِ . وكذلك إِن أقرُّوا بعَيْنِ ممّا في يَدَيْه أَنَّها غَصْبُ أَو عارِيَّةً وَ اللهُ عَلْمَ بعثَقِه أَو المُنْلِسِ ، فإِن قُلْنا : لا يَصِحُ عَنْقِ المُفْلِسِ ، فإِن قُلْنا : لا يَصِحُ عَنْقَ المُفْلِسِ ، فال أَثَرَ لِإِقْرَارِهم ، وإِن قُلْنا بضِحَيّة ، فهو كا قرارِهم بعِثْقِه قبل عَنْقَه . فلا أثرَ لإِقْرَارِهم ، وإِن قُلْنا بضِحَّتِه أَو بفَسَادِه ، نَفَذ حُكْمُه ؛ لأَنَّه فصل فَكُم الحاكِمُ بصِحَّتِه أَو بفَسَادِه ، نَفَذ حُكْمُه ؛ لأَنَّه فصل مُجْتَهَدٌ فيه ، فلزَمَ ما حَكَم به الحاكِمُ ، ولا يَجُوزُ نَقْضُه ولا تَغيرُه .

فصل: فإن صَدَّقَ المُفْلِسُ البائِعَ فِي الرُّجُوعِ قِبلَ التَّأْبِيرِ ، وكَذَّبه الغُرَماءُ ، لَم يُقْبَلْ إقْرارُه ؛ لأنَّ حُقُوقَهم تَعَلَّقَتْ بالثَّمَرَةِ ظاهِرًا ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُه ، كَالُو أَقَرَّ بالنَّخِيلِ ، وعلى الغُرَماءِ اليَمِينُ أَنَّهُم لا يَعْلَمُون أَنَّ البائِعَ إِقْرارُه ، كَالُو أَقَرَّ بالنَّخِيلِ ، وعلى الغُرَماءِ اليَمِينُ أَنَّهُم لا يَعْلَمُون أَنَّ البائِعَ رَجَع قبلَ التَّأْبِيرِ ؛ لأنَّ هذه اليَمِينَ لا يَنُوبُون فيها عن المُفْلِس ، بل هي ثابِتَةٌ في حَقِّهم الْبَداءً ، بخِلافِ ما لو ادَّعَى حَقًّا وأقام شاهِدًا فلم يَحْلِفُ ، ثابِعَ لفُو المَّهُلِس ، فلو لم يَكُنْ للغُرَماءِ أَن يَحْلِفُوا مع الشّاهِدِ ؛ لأنَّ اليَمِينَ على المُفْلِس ، فلو حَلَفُوا ، حَلَفُوا يُشْبِتُوا حَقًّا لغَيْرِهم ، ولا يَحْلِفُ الإِنْسانُ ليُثْبِتَ لغَيْرِهُ حَقًّا ، وفي ولا يَجُوزُ أَن يكونَ نائِبًا (١) فيها ؛ لأنَّ الأَيْمانَ لا تَدْخُلُها النِّيَابَةُ ، وفي ولا يَجُوزُ أَن يكونَ نائِبًا (١) فيها ؛ لأنَّ الأَيْمانَ لا تَدْخُلُها النِّيابَةُ ، وفي

⁽١) في الأصل ، ر : ﴿ ثابتا ﴾ .

الشرح الكبر مُسْأَلَتِنا الأَصْلُ أنَّ هذا الطَّلْعَ قد تَعَلَّقَتْ حُقُوقُهم به ؛ لكَوْنِه في يَدِ غَرِيمِهِم(') ، ومُتَّصِلًا بنَخْلِه ، والبائِعُ يَدَّعِي ما يُزِيلُ حُقُوقَهم عنه ، فأشْبَهَ سائِرَ أَعْيَانِ مالِه ، ويَحْلِفُون على نَفْي العِلْم ؛ لأنَّه يَمِينٌ على فِعْلِ غيرهم ، فكانت على نَفْي (٢) العِلْم ، كيَمِين ِ الوارِثِ على نَفَي ِ الدَّيْنِ على المَيِّتِ . ولو أقَرَّ المُفْلِسُ بعَيْنِ مِن أَعْيَانِ مالِه لأَجْنَبِيِّ أو لبعض الغُرَماءِ ، فأنْكَرَ الباقُون ، فالقولُ قَوْلُهم ، وعليهم اليَمِينُ أنَّهُم لا يَعْلَمُون ذلك . ومِثْلُه لو أقرَّ بغريم آخر يَسْتَحِقُّ مُشارَ كَتَهم فأنْكَرُوه ، حَلَفُوا أيضًا على نَفْي العِلْم ؛ لذلك . وإن أقَرَّ بعِتْقِ عَبْدِه ، انْبَنَي على صِحَّةِ عِتْقِ المُفْلِس ؛ فإن قُلْنَا : يَصِحُّ عِتْقُه . صَحَّ إقْرارُه ، وعَتَق ؛ لأنَّ مَن مَلَك شيئًا مَلَك الإِقْرارَ به . وإنْ قُلْنا : لا يَصِحُّ عِتْقُه . لم يُقْبَلْ إقْرارُه ، وعلى الغُرَماءِ اليَمِينُ أَنَّهُم لا يَعْلَمُونَ ذلك . وكلَّ مَوْضِع ٍ قُلْنا : على الغُرَماءِ اليمِينُ . فهي على جَمِيعِهم ، فإن حَلَفُوا ، وإلَّا قُضِيَ للمُدَّعِي ، إلَّا أن نَقُولَ برَدِّ اليَمِينِ على المُدَّعِي ، فيَحْلِفُ ويَسْتَحِقُّ . وإن حَلَف بَعْضُهم دُونَ بعض ، أَخَذَ الحالِفُ نَصِيبَه ، وحُكْمُ النّاكِل على ما ذَكَرْناه .

فصل : وإن أقرَّ المُفْلِسُ أنَّه أعْتَقَ عَبْدَه منذُ سَنَةٍ ، وكان العَبْدُ قد اكْتَسَبَ بعدَ ذلك مالًا وأَنْكَرَ الغُرَماءُ ، فإن قُلْنا : لا يُقْبَلُ إِقْرارُه . حَلَفُوا ، واسْتَحَقُّوا العَبْدَ وكَسْبَه . وإن قُلْنا : يُقْبَلُ إِقْرارُه . لم يُقْبَلْ [١١٠/٤] في

⁽١) في الأصل ، ر ١ : ﴿ غيرهم ﴾ .

⁽٢) سقط من : الأصل .

وَإِنْ غَرَسَ الْأَرْضَ ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ وَدَفْعُ قِيمَةِ الْغِرَاسِ اللَّهَ وَالْبِنَاءِ ، فَيَمْلِكُهُ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرَمَاءُ [١١٧] الْقَلْعَ وَمُشَارَكَتَهُ بِالنَّقْصِ .

الشرح الكبير

كَسْبِه ، وكان للغُرَماء أن يَحْلِفُوا أَنَّهم لا يَعْلَمُون أَنَّه أَعْتَقَه قبلَ الكَسْب ، ويَأْخُذُونَ كَسْبَه ؛ لأنَّ إقْرارَه إنَّما قُبِل في العِتْقِ دُونَ غيرِه لصِحَّتِه منه ؛ لكُوْنِه يَنْبَنِي على التَّعْلِيبِ والسِّرايَةِ ، فلا يُقْبَلُ في المالِ ؛ لعَدَم ذلك فيه ، ولأنَّنَا نَزَّلْنا إِقْرارَه مَنْزِلَةَ إعْتاقِه في الحال ، فلم تَثْبُتْ له(١) الحُرِّيَّةُ فيما مَضَى ، فَيَكُونُ كَسْبُه مَحْكُومًا به لسَيِّدِه ، كَالُو أَقَرَّ بعِثْقِه ، ثم أَقَرَّ له بعَيْنِ في يَده .

١٩١٨ – مسألة : (وإن غَرَس الأرْضَ ، أو بَنَى فيها ، فله الرُّجُوعُ ودَفْعُ قِيمَةِ الغِراسِ والبِناءِ ، فيَمْلِكُه ، إِلَّا أَن يَخْتارَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ القَلْعَ ومُشَارَكَتَه بالنَّقْصِ) إذا كان المبيعُ أَرْضًا ، فبناها المُشْتَرى أو غَرَسَها ، ثم أَفْلَسَ ، فأراد البائِعُ الرُّجُوعَ فى الأرْضِ ، نَظَرْتَ ؛ فإنِ اتَّفَقَ المُفْلِسُ

قوله: فإنْ غرَس الأرْضَ ، أو بنَى فيها ، فله الرُّجوعُ ودَفْعُ قِيمَةِ الغِراسِ والبِناءِ ، الإنصاف فَيَمْلِكُه ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ القَلْعَ ومُشَارَكَتَه بالنَّقْص . إذا اتَّفَقا على قَلْعِ الغَرْسِ والبناءِ ، فلهم ذلك ، فإذا فعَلُوه ، فللبائع ِ الرُّجوعُ في أرْضِه ، فإن أرادَ الرُّجوعَ قبلَ القَلْعِ ، فله ذلك . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . قال في « الفُروعِ » : والأُصحُّ له الرُّجوعُ قبلَ قَلْع ِ غَرْس وبِناءٍ . وقدَّمه في « المُغْنِي » ،

⁽١) في م: (به).

الشرح الكبير والغُرَماءُ على قَلْع ِ الغِراسِ والبناءِ ، فلهم ذلك ؛ لأنَّ الحَقُّ لهم لا يَخْرُجُ عنه ، فإذا قَلَعُوه ، فللبائِع ِ الرُّجُوعُ فى أَرْضِه ؛ لأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه . فإن أراد الرُّجُوعَ قبلَ القَلْعِ ِ ، فله ذلك . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه أَدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه ، وفيه مالُ المُشْتَرِى على وَجْهِ البّيْع ِ ، فلم يَمْنَعْه الرُّجُوعَ ، كَمَا لُو صَبَعَ الثَّوْبَ . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَسْتَحِقُّه إِلَّا بعدَ القَلْعِ ؛ لأَنَّه قبلَ القَلْعِ لم يُدْرِكْ مَتاعَه إِلَّا مَشْغُولًا بمِلْكِ المُشْتَرِى ، فأشْبَهَ ما لو كان مَسامِيرَ في باب المُشْتَرى . فإن قُلْنا : له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . فقَلَعُوه (١) ، لَز مَهم تَسْوِيَةُ الأَرْضِ ، وأَرْشُ نَقْصِ الأَرْضِ الحاصِلِ به ؛ لأَنَّ ذلك نَقْصِّ حَصَل لتَخْلِيصِ مِلْكِ المُفْلِسِ ، فكان عليه ، كما لو دَخَل فَصِيلٌ دارَ إِنْسَانٍ ، فَكَبِرَ ، فأراد صاحِبُه إخراجَه ، فلم يُمْكِنْ إِلَّا بِهَدْم بابها ، فإنَّ البابَ يُهْدَمُ لِيَخْرُجَ ، ويَضْمَنُ صاحِبُه ما نَقَص ، بخِلافِ ما إذا وَجَد البائِعُ عَيْنَ مالِه ناقِصَةً فرَجَعَ فيها ، فإنَّه لا يَرْجعُ في النَّقْص ، فإنَّ النَّقْصَ كان في مِلْكِ المُفْلِس ، وهَ هُمنا حَدَث بعدَ رُجُوعِه في العَيْن ، فلهذا ضَمِنُوه ، ويَضْرِبُ بالنَّقْصِ مع الغُرَماءِ . وإن قُلْنا : ليس له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ ِ . لم يَلْزَمْهِم تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ولا أَرْشُ النَّقْصِ ؛ لأَنَّهُم فَعَلُوا ذلك في أرْضِ

الإنصاف و « الشُّرْحِ » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به كثيرٌ مِنَ الأُصحاب . ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يَسْتَحِقُّه إِلَّا بعدَ القَلْعِ ِ . فعلى المذهبِ ، يَلْزَمُهم تَسْوِيَةُ الأَرْضِ ، وأَرْشُ نَقْصِها الحاصِلُ

⁽١) في ق : « فقطعوه » .

المُفْلِس قبلَ رُجُوع ِ البائِع ِ فيها ، فلم يَضْمَنُوا النَّقْصَ ، كما لو قَلَعَه المُفْلِسُ الشرح الكبير قبلَ فَلَسِه . فإنِ امْتَنَعَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ مِن القَلْعِ ِ ، لم يُجْبَرُوا عليه ؛ لأَنَّه غَرْسٌ بِحَقٌّ ، ومَفْهُومُ قوله عليه السلامُ : ﴿ ليس لِعِرْقِ طَالِمِ حَقٌّ ﴾(١) . أنَّه إذا لم يَكُنْ ظالِمًا فله حَقٌّ . فإن بَذَل البائِعُ قِيمَةَ الغِراسِ والبِناءِ ليَمْلِكُه ، أو قال : أَنَا أَقْلَعُ وَأَضْمَنُ النَّقْصَ . فله ذلك إِن قُلْنَا : له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . لأنَّ البِناءَ والغِراسَ حَصَلَ في مِلْكِه لغيره بحَقٍّ ، فكان له أَخْذُه بقِيمَتِه أو قَلْعُه و(٢) ضَمانُ نَقْصِه ، كالشَّفِيع ِ إذا أَخَذَ الأَرْضَ وفيها غِرَاسٌ أو بِناءٌ للمُشْتَرِى ، والمُعِيرِ إذا رَجَع في أَرْضِه بعدَ غَرْسِ المُسْتَعِيرِ . وإن قُلْنا : ليس له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ ِ . [١١١/٤] لم يَكُنْ له ذلك ؛ لأنَّه بناءُ المُفْلِسِ وغَرْسُه ، فلم يُجْبَرْ على بَيْعِه لهذا البائِع ِ ، ولا على قَلْعِه ، كما لو لم يَرْجعُ في الأرْض .

به ، ويَضْرِبُ بالنَّقْصِ مع الغُرَماءِ . وعلى الثَّانِي ، لا يَلْزَمُهم ذلك . فلو امْتَنَعَ الإنصاف المُفْلِسُ والغُرَماءُ مِنَ القَلْعِ ، لم يُجْبَرُوا عليه . وإنْ أبي المُفْلِسُ القَلْعَ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ للبائع ِ أَخْذَه وقَلْعَه وضَمانَ نَقْصِه . وقيل : ليس له ذلك . وعلى المذهبِ ، لو بذَل البائعُ قِيمَةَ الغِراسِ والبِناءِ ليَمْلِكُه ، أو قال : أنا أقْلُعُ ، وأَضْمَنُ النَّقْصَ . فله ذلك . وعلى الثَّانِي، ليس له ذلك .

⁽١) أخرجه البخاري تعليقا ، في : باب من أحيا أرضا مواتبا من كتاب الحرث : صحيح البخاري ٣ /١٤٠ . وأبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذي ١٤٦/٦ . والإمام مالك ، في : باب العمل في عمارة الموات، من كتاب الأقضية. الموطأ ٧٤٣/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٥٣٢٧، (٢) في الأصل : ﴿ أُو ﴾ .

الرُّجُوعُ) وهذا قولُ ابن حامِدٍ ، وأحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشافعيِّ . الرُّجُوعُ) وهذا قولُ ابن حامِدٍ ، وأحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشافعيِّ . لأَنَّه أَدْرَكَ وقال القاضي : يَحْتَمِلُ أَنَّ له الرُّجُوعَ . وهو قولٌ للشافعيِّ ؛ لأَنَّه أَدْرَكَ مَتَاعَه بعَيْنِه مُتَّصِلًا بمِلْكِ المُشْتَرِي على وَجْهِ البَيْعِ ، فلم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ ، كالثَّوْبِ إذا صَبَعَه المُشْتَرِي . ولنا ، أَنَّه لم يُدْرِكُ مَتَاعَه على وَجْهٍ يُمْكِنُه أَخْذُه مُنْفَرِدًا عن غيرِه ، فلم يَكُنْ له أُخذُه ، كالحَجَرِ في البِناءِ ، والمَسامِيرِ في البابِ ، ولأَنَّ في ذلك ضَرَرًا على المُشْتَرِي والغُرَماءِ ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ في البابِ ، ولأَنَّ لا يَحْصُلُ بالرُّجُوعِ هِلْهُنا انْقِطاعُ النِّزاعِ والخُصُومَةِ ، بالضَّرَرِ ، ولأَنَّه لا يَحْصُلُ بالرُّجُوعِ هِلْهُنا انْقِطاعُ النِّزاعِ والخُصُومَةِ ، بنظفرَرِ ، ولأَنَّه لا يَحْصُلُ بالرُّجُوعِ هِلْهُنا انْقِطاعُ النَّوْبُ إذا صَبَعَه ، فلا بلطَّرَرِ ، ولأَنَّه لا يَحْصُلُ بالرُّجُوعِ هِلْهُنا أَنْقِطاعُ النَّوْبُ إذا صَبَعَه ، فلا بنظمُ أَنَّ له الرُّجُوعَ ، وإن سَلَّمْنا ، فالفَرْقُ بينهما مِن وَجْهَيْن ؛ أَحَدُهما ، فلا أنَّ الطَّبْعُ تَفَرَّقَ في النَّوْبِ ، فصار كالصَّفَةِ ، بخِلافِ (البِناءِ والغَرْسِ ، فانَّ الثَّوْبُ لا يُرادُ للبَقاءِ ، فإنَّ الثَّوْبَ لا يُرادُ للبَقاءِ ، فإنَّ الثَّوْبَ لا يُرادُ للبَقاءِ ، فإنَّ هَا أَنَّه أَنَّ الثَّوْبَ لا يُرادُ للبَقاءِ ، فإنَّ هَا أَنَّهُ الْعُيَانُ مُتَمَيِّزَةٌ وأَصُلُ في نَفْسِه . الثانِي ، أَنَّ الثَّوْبَ لا يُرادُ للبَقاءِ ،

الإنصاف

قوله: فإنْ أَبُو القَلْعَ ، وأَبَى دَفْعَ القِيمَةِ ، سقط الرُّجوعُ . وهو المذهبُ . اختارَه ابنُ حامِدِ . ونصَرَه المُصنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه في « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الخُلاصَةِ » . وصحَّحه في « النَّظْمِ » . وقال القاضى : له الرُّجوعُ في الأرْضِ ، ويكونُ ما فيها للمُفْلِسِ . وأطْلقهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُستَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . فعلى المُنقريعَ . وعلى الثَّاني ، إن اتَّفقا على البَيْعِ بِيعا لهما ، وإنْ أبني أحدُهما ، المُذهبِ ، لا تَفْرِيعَ . وعلى الثَّانِي ، إن اتَّفقا على البَيْعِ بِيعا لهما ، وإنْ أبني أحدُهما ،

⁽١) بعده في الأصل : ﴿ الأرض و ﴾ .

بخِلافِ الأرْض والبناء . فإذا قُلْنا : لا يَرْجعُ . فلا كَلامَ . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ . فرَجَعَ ، واتَّفَقَ الجَمِيعُ على بَيْعِهما ، بِيعا لهما ، ''وأخَذَ كلَّ واحِدٍ بقَدْر حَقُّه . وإنِ امْتَنَعَ أَحَدُهما مِن البَيْع ِ ، احْتَمَلَ أن يُجْبَرَ عليه ، كَالنَّوْبِ إِذَا صَبَغَهِ المُشْتَرِي ، فإنَّه يُباعُ لهما ' ، كذا هـ لهُنا . ويَحْتَمِلُ أَن لا يُجْبَرَ ؟ لأنَّه يُمْكِنُ طالِبَ البَيْعِ أَن يَبِيعَ مِلْكَه مُنْفَرِدًا ، بخِلافِ الثَّوْبِ المَصْبُوغِ . فإن بيعا لهما ، قُسِّمَ الثَّمَنُ على قَدْرِ القِيمَتَيْنِ ، فتُقَوَّمُ الأرْضُ لا شَجَرَ فيها ولا بناءً ، ثم تُقَوَّمُ وهما فيها ، فما كان قِيمَةَ الأرْض بغير غِراس ولا بِناءِ فللبائِع ِ قِسْطُه مِن الثَّمَن ، والزَّائِدُ للمُفْلِس والغُرَماء . وإن قُلْنا : لا يُجْبَرُ على البَيْعِ . أو لم يَطْلُبْ أَحَدُهما البَيْعَ ، فإنِ اتَّفَقا على كَيْفِيَّةِ كَوْنِهما بينَهما ، جاز ما اتَّفَقَا عليه ، وإنِ اخْتَلَفا ، كانتِ الأرْضُ للبائِع ِ ، والغِراسُ والبناءُ للمُفْلِس والغُرَماء ، ولهم دُخُولُ الأرْضِ لسَقْى الشُّجَر ، وأَحْذِ الثَّمَرَةِ ، وليس لهم دُخُولُها للتَّفَرُّجِ أو لغير حاجَةٍ ، وللبائِع ِ دُخُولُها للزَّرْعِ ولِما شاء ؟ لأنَّ الأرْضَ مِلْكُه . فإن باعُوا الشُّجَرَ والبناءَ لإنْسانٍ ، فحُكْمُه في ذلك حُكْمُهم . فإن بَذَل المُفْلِسُ والغُرَماءُ أو المُشْتَرى للبائِع ِ قِيمَةَ الأرْضِ لِيَدَعَها لهم ، لم يَلْزَمْه ذلك ؛ لأنَّ الأرْضَ أَصْلٌ ، فلا يُجْبَرُ على بَيْعِها ، بخِلافِ الغِراسِ والبناء .

فقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : يَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ ، فيُباعَ الجميعُ . واحْتَمَلَ لا ، فيَبِيعُ الإنصاف المُفْلِسُ غِراسَه وبِناءَه مُفْرَدًا . قال في « الفُروع ِ » : وهل يُباعُ الغُرْسُ مُفْرَدًا ، أو

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

فصل: فإنِ اشْتَرَى غِراسًا فَعْرَسَه في أَرْضِه ، ثَمَ أَفْلَسَ ، ولم يَزِدِ الغِراسُ ، فله الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّه أَدْرَكَ مَتاعَه بِعَيْنِه . فإذا إنه المَاعَلَ أَخَذَه ، فعليه تَسْوِيةُ الأَرْضِ ، وأَرْشُ نَقْصِها الحاصِلِ بقَلْعِه ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَل لتَخْلِيصِ مِلْكِه مِن مِلْكِ غيرِه . وإن بَذَل المُفْلِسُ والغُرَماءُ قِيمَته له ليَمْلِكُوه ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِها ؛ لأنَّه إذا اختارَ أَخْذَ مالِه وتَفْرِيغَ مِلْكِهِم ليَمْلِكُوه ، لم يُكُنْ لهم مَنْعُه ، كالمُشْتَرِى إذا غَرَس في الأَرْضِ المَشْفُوعَةِ . وإنِ امْتَنَع مِن القَلْع ِ ، فَبَذَلُوا له القِيمَةَ ليَمْلِكَهُ المُفْلِسُ ، أو المَشْقُوعَةِ . وإنِ امْتَنَع مِن القَلْع ِ ، فَبَذَلُوا له القِيمَةَ ليَمْلِكَهُ المُفْلِسُ ، أو المَوْقَاقُ ، فلم يَجِبْ عليه إِبْقاقُ هُ أَرَادُوا قَلْعَه مِن غيرِ ضَمانِ النَّقُصِ ؛ لأَنَّ المُفْلِسَ إِنَّما ابْتاعَه مَقْلُوعًا ، فلم يَجِبْ عليه إِبْقاقُ ه فارْضِه . وقِيلَ : ليس لهم قَلْعُه مِن غيرِ ضَمانِ النَّقْصِ ؛ لأَنَّه غَرْسٌ بحَقً ، فا مُ يَعِبْ عليه إِبْقاقُ ه فارْضِه . وقِيلَ : ليس لهم قَلْعُه مِن غيرِ ضَمانِ النَّقْصِ ؛ لأَنَّه غَرْسٌ بحَقً ،

الإنصاف

الجَميعُ ، ويُقْسَمُ الثَّمَنُ على القِيمَةِ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُدْهَبِ » ، و « النَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُدْهَبِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم ؛ أحدُهما ، يُباعُ الجَميعُ . قدَّمه في « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصَّغْرَى » . والوَجْهُ الثَّانِي ، يُباعُ الغَرْسُ والبِناءُ مُفْرَدًا . قدَّمه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

فوائد ؛ إحْداها ، قال المُصَنَّفُ ، والشَّارِحُ : لو كان المَبِيعُ شَجَرًا أو نَخْلا ، فله أَرْبَعَةُ أُحُوالٍ ؛ أحدُها ، أَفْلَسَ وهي بحالِها ، فله الرُّجوعُ . الثَّانِي ، كان فيها وَقْتَ البَيْعِ فَمَرٌ ظاهِرٌ ، أو طَلْعٌ مُؤَبَّرٌ ، واشْتَرَطَه المُشْتَرِي فأكلَه ، أو تَصَرَّفَ فيه ، أو تَلِفَ بَحْدُهما ، على تَلِفَ بَحائحة ، ثم أَفْلَسَ ، فهذا في حُكْم ما لو اشْتَرَى عَيْنَيْن ، وتَلِفَ أحدُهما ، على ما تقدَّمَ . الثَّالِثُ ، أَطْلَعَ و لم يُؤبَّرٌ ، أو كان فيه ثَمَرٌ لم يظْهَرْ وَقْتَ البَيْعِ ، فَيدْخُلُ ما تقدَّمَ . الثَّالِثُ ، أَطْلَعَ و لم يُؤبَّرٌ ، أو كان فيه ثَمَرٌ لم يظْهَرْ وَقْتَ البَيْعِ ، فَيدْخُلُ

فأشْبَهَ غَرْسَ المُفْلِسِ في الأَرْضِ التي ابْتاعَها إذا رَجَع بائِعُها فيها . والفَرْقُ الشرح الكبر بينهما ظاهِرٌ ، فإنَّ إِبْقاءَ الغِراسِ في هذه الصُّورَةِ حَقَّ عليه ، فلم يَجِبْ عليه بفِعْلِه'' ، وفي التي قبلَها إِبْقاقُه حَقَّ له ، فوَجَبَ له بغِراسِه في مِلْكِه . فإنِ اخْتارَ بعضُهم القَلْعَ وبَعْضُهم التَّبْقِيَة ، قُدِّمَ قولُ مَن طَلَب القَلْعَ ، سَواءً كان المُفْلِسَ أو الغُرَماءَ أو بعضَ الغُرَماءِ ؛ لأنَّ الإِبْقاءَ ضَرَرٌ غيرُ واجِبٍ ، فلم يَلْزَمِ المُمْتَنِعَ منه'' الإِجابَةُ إليه . وإن زاد الغِراسُ في الأَرْضِ ، فهي زيادةً للم يَلْزَمِ المُمْتَنِعَ منه'' الإِجابَةُ إليه . وإن زاد الغِراسُ في الأَرْضِ ، فهي زيادَةً المَيْمُونِيِّ .

في البَيْعِ ؛ فلو أَفْلَسَ بعدَ تَلَفِه أَو بعضِه ، أَو زادَ ، أَو بَدا صَلاحُه ، فَحُكْمُه حُكُمُ الإنصاف تَلْف بعضِ المَبِيعِ وزيادَتِه المُتَّصِلَةِ ، على ما تقدَّم . قال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ : فهو زيادة مُتَّصِلَة في الأصحِّ . الرَّابعُ ، باعَه نَخْلًا حائلًا ، فأطلَعَتْ ، أَو شَجَرًا ، فأَثْمَرتْ ، فهو على أرْبَعَةِ أَقسام ؛ الأوَّلُ ، أَفْلَسَ قبلَ تَأْبِيرِها ، فالطَّلْعُ زيادة مُتَّصِلَة . الثَّانِي ، أَفْلَسَ بعدَ التَّأْبِيرِ وظُهُورِ الثَّمَرةِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجوعَ ، والطَّلْعُ للمُشْتَرِى . على الصَّحيحِ مِنَ المَدْهبِ ، خِلاقًا لأبِي بَكْرٍ . ولو باعَه أرْضًا فارغَة ، فزرَعَها المُشْتَرِى ، ثم أَفْلَسَ ، رجَع في الأرْضِ دُونَ الزَّرْعِ ، وَجْهًا واحِدًا . فزرَعَها المُشْتَرِى ، ثم أَفْلَسَ ، رجَع في الأرْضِ دُونَ الزَّرْعِ ، وَجْهًا واحِدًا . الثَّالُثِ ، أَفْلَسَ بعدَ التَّابِيرِ ، فلم يَرْجِعْ حتى أَبِّرَ ، فليس له الرُّجوعُ فيه ، كا لو أَفْلَسَ بعدَ التَّابِيرِ ، وأَنْكَرَ المُفْلِسُ ، فالقَوْلُ وَوْلُ النَّابِيرِ ، وأَنْكَرَ المُفْلِسُ ، فالقَوْلُ قُولُ النَّابِيرِ ، وأَنْكَرَ المُفْلِسُ ، فالقَوْلُ قُولُ النَّابِيرِ ، وأَنْكَرَ المُفْلِسُ ، فله الرَّجوعُ فيه ، اللَّابِع ، أَفْلَسَ بعدَ التَّابِيرِ ، وقال المُفْلِسُ : بل قبلَه . فالقَوْلُ قُولُ النَّعَرَةِ ، أَوْ ذَهَابِها بجائحة أَو غيرِها ، فله الرَّجوعُ في البُعرِ . الرَّابِعُ ، أَفْلَسَ بعدَ أَخْذِ الثَّمَرَةِ ، أَو ذَهَابِها بجائحة أَو غيرِها ، فله الرَّجوعُ

⁽١) في الأصل ، ق : « قلعه » .

⁽٢) في م : « من » .

فصل: وإن اشْتَرَى أَرْضًا مِن رجل وغِراسًا مِن آخَرَ ، فغَرَسَه فيها ، ثَمَ أَفْلَسَ ، و لم يَزِدِ الشَّجَرُ ، فلِكلِّ واحِدٍ منهما الرُّجُوعُ في عَيْنِ مالِه ، ولصاحِبِ الأَرْضِ قَلْعُ الغِراسِ مِن غيرِ ضَمانِ النَّقْصِ بالقَلْعِ ، كَا ذَكَرْنا ؛ لأَنَّ البائِعَ إِنَّما باعه مَقْلُوعًا ، فلا يَسْتَحِقُه إلَّا كذلك . وإن أراد بائِعُه قَلْعه مِن الأَرْضِ ، فقلَعه ، فعليه تَسْوِيةُ الأَرضِ (١٠) وضَمانُ نَقْصِها الحاصِل به ؛ لِما تَقَدَّم . فإن بَذَلَ صاحِبُ الغِراسِ قِيمَةَ الأَرْضِ لصاحِبِها ليمْلِكَها المُعْبَرُ على ذلك ؛ لأَنَّ الأَرْضَ أَصْلَ ، فلا يُجْبَرُ على بَيْعِها ليمْلِكَه إذا امْتَنَعَ مِن القَلْعِ ، فله ذلك ؛ لأَنَّ الأَرْضِ قِيمَةَ الغِراسِ لصاحِبِها ليمْلِكَه إذا امْتَنَعَ مِن اللَّوْضِ البائِع . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأَنَّه لا يُجْبَرُ على المُفْلِسِ في أَرْضِ البائِع . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأَنَّه لا يُجْبَرُ على المُفْلِسِ في أَرْضِ البائِع . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأَنَّه لا يُجْبَرُ على المُفْلِسِ في أَرْضِ البائِع . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأَنَّه لا يُجْبَرُ على المُقْلِسِ في أَرْضِ البائِع . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأَنَّه لا يُجْبَرُ على المُقْلِسِ في أَرْضِ البائِع . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأَنَّه لا يُحْبَرُ على المَنْ اللهَ المَتْنَعَ مِن دَفْع ِ قِيمَتِه أَو أَرْشِ نَقْصِه ، فلا يكونُ له أَن يَتَمَلَّكُه الفَاصِبِ . الغاصِبِ .

الإنصاف

فى الأصْلِ ، والثَّمَرَةُ للمُشْتَرِى ، إلَّا على قَوْلِ أَبِى بَكْرٍ . الثَّانيةُ ، كُلُّ مَوْضِعِ لا يَتْبَعُ الثَّمَرُ الشَّجَرَ إذا رجَع البائعُ ، فليس له مُطالَبَةُ المُفْلِسِ بقَطعِ الثَّمَرَةِ قبلَ أُوانِ الجَدادِ . وكذا إذا رجَع في الأرْضِ وفيها رَزْعٌ للمُفْلِسِ ، وليس على صاحبِ الزَّرْعِ الجَدادِ . وكذا إذا رجَع في الأرْضِ وفيها رَزْعٌ للمُفْلِسِ ، وليس على صاحبِ الزَّرْعِ أَجْرَةٌ . فإذا ثبَت هذا ، فإنِ اتَّفَقَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ على التَّبَقِيةِ أَوِ القَطْعِ ، فلهم

⁽١) في الأصل : ﴿ الحفر ، .

⁽٢) في المغنى ٦/٦٥ : (ليملكه) .

فصل : فإن كان المَبيعُ صَيْدًا ، فأَفْلَسَ المُشْتَرِي ، والبائِعُ مُحْرِمٌ ، لم يَرْجعْ فيه ؛ لأنَّه تَمَلَّكُ للصَّيْدِ ، فلم يَجُزْ في الإحْرامِ ، كَشِرائِه . وإن كان البائِعُ حَلالًا في الحَرَم ، والصَّيْدُ في الحِلِّ ، فأَفْلَسُّ المُشْتَرى ، فللبائِع ِ الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّ الحرمَ إنَّما يَحْرُمُ الصَّيْدُ الذي فيه ، وهذا ليس مِن صَيْدِهِ ، فلا يُحَرِّمُه . ولو أَفْلَسَ المُحْرِمُ وفى مِلْكِه صَيْدٌ ، بائِعُه'' حَلالٌ ، فله أُخْذُه ؛ لأنَّ المانِعَ(٢) غيرُ مَوْجُودٍ فيه [١١٢/٤] .

ذلك . وإنِ اخْتَلَفُوا ، وكان مِمَّا لا قِيمَةَ له ، أو قيمَتُه يَسيرَةً ، لم يُقْطَعْ . وإنْ كانتْ الإنصاف قِيمَتُه كَثِيرَةً ، قُدِّم قَوْلُ مَن طلَب القَطْعَ ، في أَحَدِ الوُجوهِ . اخْتارَه القاضي . وجزَم به في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . والثَّانِي ، يُنْظَرُ ما فيه الأَحَظُّ ، فيُعْمَلُ به . قلتُ : وهو الصُّوابُ . [٢/ ١٣٨ ظ] والنَّالثُ ، إنْ طلَبِ الغُرَماءُ القَطْعَ ، وجَب ، وإنْ كان المُفْلِسُ – فكان التَّأْخِيرُ أَحَظَّ له – لم يَقْطَعْ . الثَّالثةُ ، إذا كمَلَتِ الشُّروطُ : فله أُخْذُه مِن غيرِ حُكْم حاكِم . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ؟ لتَعَيُّنها كُودِيعَة ، وسواءٌ زادَتْ قِيمَتُها أو نقَصَتْ ، ولو بذَل الغُرَماءُ ثَمَنها كلُّه ، وهو يُساوِى المَبيعَ أو دُونَه أو فوْقَه . وقيل : لا يأْخُذُها إلَّا بحُكْم حاكِم ؛ بناءً على تَسْويغ ِ(٦) الاجْتِهادِ . الرَّابعةُ ، لو حكَمَ حاكِمٌ بكُوْنِه أُسْوَةَ الغُرَماء ، نُقِضَ حُكْمُه . على الصَّحيح مِنَ المذهب ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وفيه احْتِمالَ : لا يُنْقَضُ . الخامسةُ ، يكونُ الاسْتِرْجاعُ في السِّلْعَةِ بالقَوْلِ^(١) ، فلو أَقْدَم على

⁽١) في الأصل: ﴿ باعه ﴾ .

⁽٢) في ق : ﴿ البائع ﴾ .

⁽٣) في الأصل ، ط: « تسوية » .

⁽٤) في الأصل ، ط: « كالقول » .

فصل : إذا أَفْلَسَ وفي يَدِه عَيْنٌ دَيْنُ بائِعها مُؤَّجَّلٌ ، وقُلْنا : لا يجارُ ا الدَّيْنُ بِالْفَلَسِ . فقال أَحْمَدُ ، في رِوايَةِ الحَسَنِ بِنِ ثَوَابٍ : يكونُ مَوْقُوفًا إلى أَنْ يَحِلُّ دَيْنُه ، فَيَخْتارُ البائِعُ الفَسْخَ أو التَّرْكَ . وهو قولُ بعض أَصْحابِ الشافعيِّ . والمَنْصُوصُ عن الشافعيِّ ، أنَّه يُباعُ في الدُّيُونِ الحالَّةِ . ويَتَخَرَّجُ لَنا مِثْلُ ذلك ؛ لأنَّها حُقُوقٌ حالَّةٌ ، فَقُدِّمَتْ على الدَّيْنِ المُؤَّجَّلِ ، كَدَيْنِ مَن لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه . والقولُ الأوَّلُ أَوْلَى ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ حَقَّ هذا البائِع ِ تَعَلَّقَ بِالعَيْنِ ، فَقُدِّمَ على غيرِه وإن كان مُؤَّجَّلًا ، كالمُرْتَهِن والمَجْنِيِّ عليه .

الإنصاف التَّصَرُّفِ فيها ابْتِداءً لم ينْعَقِدْ ، و لم يَكُنِ اسْتِرْجاعًا . وكذا الوَطْءُ . ذكرَه القاضي ف « الخِلافِ » ؛ لتمام مِلْكِ المُفْلِس . وفي « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصول » : يكونُ الوَطْءُ اسْتِرْ جاعًا ، وأنَّ فيه احْتِمالًا آخَرَ بِعَدَمِه . قالَه في ﴿ القاعِدَةِ الخامسَةِ والخَمْسِين » . السَّادسةُ ، يُسْتَثْنَى مِن جَوازِ الأُخْذِ ، بعدَ كَمالِ الشُّروطِ ، مَسْأَلَةٌ ، وهي ما إذا كان المَبِيعُ صَيْدًا ، والبائعُ مُحْرِمًا ، فإنَّه ليس له الرُّجوعُ فيه ؛ لأَنَّه تَمَلَكَ الصَّيْدَ ، فلم يَجُزْ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحبُ « الرِّعايَةِ » ، وقطَعُوا به . قلتُ : فيُعايَى بها . ولعَلُّهم أرادُوا على القَوْل بأنَّ الفَسْخَ ('على الفَوْر ف تلك الحالِة ١٠ . وهو الظَّاهِرُ ، وإلَّا فلا وَجْهَ له . السَّابِعةُ ، الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ أَخْذَ السُّلْعَةِ على التَّراخِي ، كَخِيارِ العَيْبِ . قدَّمه في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . وقيل : على الفَوْر . قال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : أُخذُه على الفَوْر في الأُقيَس . وصحَّحَه النَّاظِمُ . ونصَرَه القاضي وغيرُه . وأَطْلَقَهما في « المُغْنِي » ،

⁽١ - ١) في الأصل ، ط: « في ملك الخيار » .

فصل: قال أحمدُ ، في رجل ابْتاعَ طَعامًا نَسِيئَةً ونَظَرَ إليه وقَلَّبه ، وقال: أَقْبِضُه غَدًا . فمات البائِعُ وعليه دَيْنٌ ، فالطّعامُ للمُشْتَرِي ، ويَتْبَعُه الغُرَمَاءُ بالثَّمَنِ ، وإن كان رَخِيصًا . وكذلك قال الثَّوْرِيُّ ، وإسحاقُ ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَت للمُشْتَرِي فيه بالشِّراءِ ، وزال مِلْكُ البائِع عنه ، فلم يُشارِكُه غُرَماءُ البائِع (') فيه ، كما لو قَبَضَه .

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « الفائق » . قال المُصنَّفُ ، والشَّارِحُ : الوَجْهان هنا مَبْنيَّان على الرَّوايَتَيْن فى خِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . الثَّامِنةُ ، حيثُ أَخَذ البائعُ سِلْعَنَه ، فرُجوعُه فَسْخُ للعَيْبِ ، فلا يَحْتاجُ إلى مَعْرِفَةِ المَبِيعِ ، ولا إلى القُدْرَةِ على تَسْليمِه . فلو رجَع فى مَن البَق ، صحَّ ، وصارَ له ، فإنْ قدر عليه ، أَخذَه ، وإنْ تَلِفَ ، فمِن مالِه ، وإنْ تَبَيْنَ أَنَّه كان تالِفًا حينَ اسْتِرْجاعِه ، بطَل رُجوعُه . وإنْ رجَع فى مَبِيعِ اسْتَبَه بغيرِه ، قُدِّم تَعْيِنُ المُفْلِس ؛ لإنكارِه دَعْوَى اسْتِحْقاقِ البائع . قالَه المُصنِّف ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروع ي » وغيرُهم . التَّاسعةُ ، متى قُلْنا : له الرُّجوعُ . فلو كان ثَمَنُ المَبِيعِ المَوْجِودِ مُؤَجَّلًا على المُفْلِس ، وقُلْنا : لا يحِلُ بالفَلَس . فالصَّحيحُ مِنَ المَدْهِ ، و « المُويَّقِينَ ن » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحَاوِيَسْن » ، و « الفُروع ي » وقدمه فى فالصَّحيحُ مِنَ المَدْهِ ، أَنَّه يَأْخُذُ المَبِيعَ عندَ الأَجَل . نصَّ عليه . وقدمه فى و « المُعْنِى » ، و « الرَّعايتَيْن » ، و « السَّرْح » ، وقالا : هو أَوْلَى . قال الزَّرْكَشِى تُ : عليه الجُمْهُورُ . وقيل : يَاخُذُه فى الحَالِ . اختارَه ابنُ أَبِى مُوسى . وقيل : يُباعُ . اختارَه أَبْ وَلَهُ مُورُ . وقيل : يُباعُدُ وه الشَّرْح » ، وقيل : إنْ لم تَزِدْ قِيمَتُه ، رجَع فيه مجَّانًا . ذكرَه فى « المُعْنِى » ، و « الشَّرْح » ، وقيل : إنْ لم تَزِدْ قِيمَتُه ، رجَع فيه مجَّانًا . ذكرَه

⁽١) في ق : (الثاني) .

فصل : ورُجُوعُ البائِع ِ فَسْخٌ للبَيْع ِ ، لا يَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةِ المَبيع ِ ، ولا القُدْرَةِ على تَسْلِيمِه ، فلو رَجَع في المَبِيع ِ الغائِبِ بعدَ مُضِيٌّ مُدَّةٍ يَتَغَيَّرُ فيها ، ثم وَجَدَه على حالِه لم يَتْلَفْ شيءٌ منه ، صَحٌّ رُجُوعُه . وإن رَجَع في العَبْدِ بعدَ إباقِه ، أو الجَمَل بعدَ شُرُودِه ، صَحَّ ، وصار ذلك له ، فإن قَدَر عليه أُخَذَه ، وإن ذَهَب كان مِن مالِه . وإن تَبَيَّنَ أَنَّه كان تالِفًا حالَ استِرْجاعِه ، بَطَل الاسْتِرْجاعُ ، وله أن يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ في المَوْجُودِ مِن مالِه . وإن رَجَع في المَبيع ِ ، واشْتَبَهَ بغَيْره ، واخْتَلَفا(١) في عَيْنه ، فالقولُ قولُ المُفْلِس ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لاسْتِحْقاقِ ما ادَّعاه البائِعُ ، والأَصْلُ

الإنصاف في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . العاشرةُ ، ذكر المُصَنِّفُ هنا حُكْمَ السِّلْعَةِ المَبيعَةِ إذا وَجَدَهَا . وَكِذَا حُكْمُ القَرْضِ وغيرِه إذا وجَد عَيْنَه . قال في ﴿ الرِّعايَةِ ﴾ : لو كان دَيْنُهُ سَلَمًا ، فأَدْرَك الثَّمَنَ بعَيْنِه ، أَخَذَه . قال في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ : الرُّجوعُ ثابِتٌ في كلِّ ما هو في مَعْنَى البَّيْعِ مِن عُقودِ المُعاوَضاتِ المَحْضَةِ ؛ كالإجارَةِ والسَّلَم والصُّلْح ِ بمَعْنَى البَيْع ِ . وكذلك الصَّداقُ ، كأن يصْدُقَ امْرأةً عَيْنًا ، وتحْصُلُ الفُرْقَةُ مِن جِهَتِها ، وقد أَفْلَسَتْ . وكذا لو وجَد عَيْنًا مُؤْجَرَةً لم يَمْض مِنَ المُدَّةِ شيءٌ ، فلو مضَى بعضُ المُدَّةِ ، فله أُسْوَةُ الغُرَماء . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . وقدُّمه في « الفُروعِ ِ » . وقيل : يَخْتَصُّ بها . الحادَيْةَ عشَرَ ، لو كان للمُفْلِسِ عَيْنٌ مُوِّجَرَةٌ ، كان المُسْتَأْجِرُ أحقَّ بالمَنافِعِ مُدَّةَ الإِجارَةِ ، فإنْ تعَطَّلَتْ فى أثْناءِ المُدَّةِ ، ضُرِبَ له بما بَقِي مع الغُرَماءِ . قالَه الأصحابُ .

⁽١) فى ر، ر ١، ق، م: ﴿ اختلفُوا ﴾ .

فَصْلٌ : الْحُكْمُ الثَّالِثُ ، بَيْعُ الْحَاكِمِ مَالَهُ وَقَسْمُ ثَمَنِهِ ، اللهَ وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْضِرَهُ وَيُحْضِرَ الْغُرَمَاءَ ، وَيَبِيعَ كُلُّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ،

فصل : قال ، رَحِمَه اللهُ تعالى : (الحُكْمُ الثَّالِثُ ، بَيْعُ الحاكِم مالَه الشرح الكبير وقَسْمُ ثَمَنِه ، ويَنْبَغِي أَنْ يُحْضِرَه ويُحْضِرَ الغُرَماءَ ، ويَبيعَ كلِّ شيءٍ في سُوقِه) إذا حُجِر على المُفْلِس باع الحاكِمُ مالَه ؛ لِما ذَكَرْنا مِن حديثِ مُعاذٍ (١) . ولأنَّه مَقْصُودُ الحَجْرِ . ويُسْتَحَبُّ إحْضارُ المُفْلِس ؛ لمعانٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُها ، إحْصاءُ ثَمَنِه وضَبْطُه . الثانِي ، أنَّه أَعْرَفُ بثَمَن مَتاعِه وجَيِّدِه ورديتِه ، فإذا حَضَر تَكَلَّمَ عليه ، وعَرَف الغَبْنَ مِن غيره . الثالثُ ، أَنَّ الرَّغْبَةَ تَكْثُرُ فيه ، فإنَّ شِراءَه مِن صاحِبه أحَبُّ إلى المُشْتَرِين . الرَّابِعُ ، أَنَّه أَطْيَبُ لقلبِه . ويُسْتَحَبُّ إحْضارُ الغُرَماءِ ؛ لأَمُورِ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُها ، أَنَّه يُيَاعُ لهم . الثانِي ، أنَّهم رُبَّما رَغِبُوا في شيءِ'`` فزادُوا في ثَمَنِه ، فيكونُ

قوله : الحُكْمُ الثَّالِثُ ، بَيْعُ الحاكِم مالَه – بمَعْنى ، إنْ كان مِن غيرٍ جِنْسِ الإنصاف الدُّيْنِ – وقَسْمُ ثَمَنِه . يغْنِي ، يجِبُ ذلك على الحاكِم ِ ، ويكونُ على الفَوْرِ .

> قوله : ويَنْبَغِي أَنْ يُحْضِرَه ويُحْضِرَ الغُرَماءَ . بمَعْنَى يُسْتَحَبُّ . ذكرَه الأصحابُ.

> قوله : ويَبِيعَ كُلُّ شَيءٍ في سُوقِه . بشَرْطِ أَنْ يَبِيعَه بثَمَن ِ مِثْلِه المُسْتَقِرِّ في وَقْتِه أو أكثرَ . ذكرَه الشُّينخُ تَقِيُّ الدِّينِ وغيرُه ، واقْتَصَر عليه في « الفُّروعِ ِ » .

⁽١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٤ .

⁽٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير أَصْلَحَ لهم وللمُفْلِس . الثَّالِثُ ، أنَّه أَطْيَبُ لقُلُوبهم ، وأبْعَدُ مِن(١) التُّهْمَةِ . الرَّابِعُ ، لَعَلُّ فيهم مَن يَجِدُ عَيْنَ مالِه فيَأْخُذَها . فإن باعَه مِن غيرٍ حُضُورِهم كُلِّهم [١١٢/٤] ، جاز ؛ لأنَّ ذلك مُفَوَّضٌ إليه ومَوْكُولٌ إلى اجْتِهادِه ، فرُبُّما أدَّاه اجْتِهادُه إلى خِلافِ ذلك والمُبادَرَةِ إلى البَّيْعِ قبلَ إحْضارهم . ويَأْمُرُهُم الحاكِمُ (٢) أن يُقِيمُوا مُنادِيًا يُنادِي على المَتاعِ ، فَإِن تَراضَوْا بِثِقَةٍ أَمْضاه الحاكِمُ ، وإِن لَم يَكُنْ ثِقَةً رَدَّه . فإن قِيلَ : لِمَ يَرُدُّه وقد اتَّفَقَ عليه أصْحابُ الحَقِّ ، فأشْبَهَ ما لو اتَّفَقَ المُرْتَهنُ والرَّاهِنُ على أَن يَبِيعَ الرَّهْنَ غِيرُ ثِقَةٍ ، لم يَكُنْ للحاكِم الاعْتِراضُ ؟ قُلْنا: الحاكِمُ هلهنا له نَظَرٌ واجْتِهادٌ ؛ لأنَّه قد يَظْهَرُ غَريمٌ آخَرُ ، فَيَتَعَلَّقُ حَقُّه به ، بخِلافِ الرَّهْنِ ، فإنَّه لا نَظَر للحاكِم فيه . فإنِ اخْتارَ المُفْلِسُ رجلًا ، واخْتارَ الغُرَماءُ آخَرَ أَقرَّ الحاكِمُ الثُّقَةَ منهما . فإن كانا ثِقَتيْن ، قَدَّمَ المُتَطَوِّعَ منهما ؟ لأنَّه أَوْفَرُ ، فإن كانا مُتَطَوِّعَيْن ، ضَمَّ أَحَدَهما إلى الآخر ، وإن كانا بجُعْل ، قَدَّمَ أَوْثَقَهِما وأَعْرَفَهِما ، فإن تَساوَيا ، قَدَّمَ مَن يَرَى منهما(٣) . والأَجْرَةُ مِن مالِ المُفْلِس ؛ لأنَّ البَيْعَ حَقٌّ عليه ، لكَوْنِه طَريقَ وفاء دَيْنِه . وقيل : يُدْفَعُ مِن بَيْتِ المَالِ ؟ لأَنَّه مِن المَصالِحِ . وكذلك الحُكْمُ في أَجْرِ مَن يَحْفَظَ المَتاعَ والثَّمَنَ ، وأَجْرِ الحَمَّالِين ، ونحوهم . ويُسْتَحَبُّ بَيْعُ كلِّ شيء في

⁽٣) في م: (عن).

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) زيادة من : م .

شُوقِه ؛ لأنّه أَحْوَطُ ، وأكثرُ لطُلابِه ، ومَعْرِفَة قِيمَتِه . فإن باع فى غير سُوقِه بِثَمَنِ المِثْلِ ، جاز ؛ لأنّ الغَرَضَ تَحْصِيلُ الثّمَنِ ، ورُبّما أدَّى الاجْتِهادُ إلى أنّه أَصْلَحُ . ولهذا لو قال : بعْ ثَوْبِى بثَمَنِ كذا . فى سُوقٍ عَيْنَه ، فباعَه بذلك فى غَيرِه ، جاز . ويَبِيعُ بنَقْدِ البَلَدِ ؛ لأنّه أَصْلَحُ . فإن كان فى البَلَدِ نُقُودٌ باع بغالِبِها ، فإن تَساوَتْ باع بجنْس الدَّيْنِ . فإن زاد فى السَّلْعَةِ أَحَدٌ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، لَزِم الأَمِينَ الفَسْخُ ؛ لأنّه أَمْكَنَه بَيْعُه بثَمَن (١) ، فلم أَحَدٌ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، لَزِم الأَمِينَ الفَسْخُ ؛ لأنّه أَمْكَنَه بَيْعُه بثَمَن (١) ، فلم الشَّحِبُ للمُشْتَرِى الإقالَة ، واسْتُحِبُ للمُشْتَرِى الإجابَة ؛ لتَعَلَّقِه بمَصْلَحَة المُفْلِس وقضاءِ دَيْنِه .

• ١٩٢٠ – مسألة : (ويَتْرُكَ له مِن مالِه ما تَدْعُو إليه حاجَتُه مِن مَسْكَن وخادِم) لا تُباعُ دارُ المُفْلِس التي لا غِني له (٢) عن سُكْناها . وبه قال أبو حَنِيفَة ، وإسحاقُ . والخادِمُ في مَعْنَى الدّارِ إذا كان مُحْتاجًا

قوله: ويَتْرُكَ له مِن مالِه ما تَدْعُو إليه حاجَتُه مِن مَسْكَن . بلا نِزاع . لكِنْ الإنصاف إنْ كان واسِعًا يفْضُلُ عن سُكْنَى مِثْلِه ، بِيعَ ، واشْتُرِى له مَسْكَنُ مِثْلِه . ولابن حَمْدانَ احْتِمالٌ ، أَنَّ مَن ِ ادَّانَ ما اشْتَرَى به مَسْكَنًا ، أَنَّه يُباعُ ، ولا يُتْرَكُ . ولو كانَ المَسْكَنُ عَيْنَ (٤) مالِ بعض ِ الغُرَماءِ ، أَخَذَه بالشَّروطِ المُتَقَدِّمَةِ .

⁽۱) فی ر ۱ : (بشمنه) .

⁽٢ - ٢) في م : و يبعه ١ .

⁽٣) في الأصل : ﴿ به ﴾ .

⁽٤) في الأصل ، ط : ﴿ غير ﴾ .

الشرح الكبع إليه . وقال شُرَيْحٌ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ : تُباعُ ، ويُكْتَرَى له بَدَلُها . اختارَه ابنُ المُنْذِر ؟ لأنَّ النبيَّ عَلِيلًا قال في الذي أُصِيبَ في ثِمار ابْتاعَها ، فَكُثُرَ دَيْنُه ، فقال لغُرَمائِه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ »(١). وهذا ممّا وَجَدُوه ، ولأنَّه عَيْنُ مال المُفْلِس ، فوَجَبَ صَرْفُه في دَيْنِه ، كسائِر مالِه . ولَنا ، أنَّ هذا ممَّا لا غِنِّي للمُفْلِس عنه ، فلم يُصْرَفْ في دَيْنِه ، كثيابه وقُوتِه ، والحَديثُ قَضِيَّةٌ في عَيْن ٍ ، يَحْتَمِلُ أَنَّه لم يَكُنْ له عَقارٌ ولا َ [١١٣/٤] خادِمٌ ، ويَحْتَمِلُ أَنَّ النبيُّ عَلِيلَةٍ قال : ﴿ خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ﴾ . ممّا تُصُدِّقَ به عليه ، والظّاهِرُ أنَّه لم يُتَصَدَّقْ عليه بدارٍ وهو مُحْتاجٌ إلى سُكّناهَا ، ولا خادِم وهو مُحْتَاجّ إلى خِدْمتِه ، ولأنَّ الحديثَ مَخْصُوصٌ بثِيابِ المُفْلِسِ وقُوتِه ، فنَقِيسُ عليه مَحَلَّ النِّزاعِ ، وقِياسُهم مُنْتَقِضٌ بذلك ، وبأَجْرِ المَسْكُن ، وسائِرُ مالِه يَسْتَغْنِي عنه ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا . فإن كان له داران يَسْتَغْنِي بإحْداهما ، بيعتِ الأُخْرَى ؛ لأنَّ به غِنِّي عن سُكْنَاها . وإن كان مَسْكَنُه واسِعًا يَفْضُلُ عن سُكْنَى مِثْلِه ، بيعَ ، واشْتُرى له مَسْكَنُ مِثْلِه ، ورُدَّ الفَصْلُ(٢) على الغُرَماء ، وكذلك الثِّيابُ التي له ، إذا كانت رَفِيعَةً لا يَلْبَسُ مِثْلُه مِثْلُها .

الإنصاف

قوله(٢) : وخادِم . بلا نِزاع . لكِنْ بشَرْطِ أَنْ لا يكونَ نَفِيسًا ، وكذا المَسْكُنُ. نصُّ عليهما.

⁽١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٧.

⁽٢) في الأصل: ﴿ الفاضل ﴾ .

⁽٣) في الأصل ، ط: (فائدة) .

فصل: فإن كان المَسْكَنُ والخادِمُ الذي لا يَسْتَغْنِي عنهما عَيْنَ مال الشرح الكبير بعض ِ الغُرَماءِ ، أو كان جَمِيعُ أَمْوالِه (١) أَعْيانَ أَمْوال أَفْلَسَ بأَثْمانِها ، ووَجَدَها أَصْحابُها ، فلهم أُخذُها بالشّرائِطِ المَذْكُورةِ ؛ لقول النبيِّ عَلَيْكُم : ﴿ مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عَنْدَ رَجُلِ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ﴾ (٢) . و لأنَّ حَقَّه تَعَلَّقَ بالعَيْن ، فكان أَقْوَى سَبَبًا مِن المُفْلِس ، ولأنَّ الإعْسارَ بالثَّمَنِ سَبَبٌ يَسْتَحِقُّ به الفَسْخَ ، فلم يَمْنَعْ منه تَعَلَّقُ حاجَةِ المُشْتَرِي ، كَمَا قَبْلَ القَبْضِ ، وكالعَيْب ، والخِيار . ولأنَّ مَنْعَهم مِن أَخْذِ أَمُوالِهم يَفْتَحُ باب الحِيَلِ ، بأن يَشْتَرِيَ مَن لا مالَ له في ذِمَّتِه ثِيابًا يَلْبَسُها ، ودارًا يَسْكُنُها ، وخادِمًا يَخْدِمُه ، وفَرَسًا يَرْكَبُها ، وطَعامًا له ولعائِلَتِه ، ويَمْتَنِعُ على أرْبابِها أَخْذُها ؛ لتَعَلُّق حاجَتِه بها ، فتَضِيعُ أَمُوالُهم ويَسْتَغْنِي هو بها . فعلى هذا ، يُؤْخَذُ ذلك ، ولا يُتْرَكُ له منه شيءٌ ؛ لأنَّه أعْيانُ أمْوال النَّاس ، فَكَانُوا أَحَقُّ بها منه ، كما لو كانت في أيْدِيهم ، أو أُخَذَها منهم غَصْبًا .

فائدة (٣): يُتْرَكُ له أيضًا آلةُ حِرْفَةٍ ، فإنْ لم يَكُنْ صاحِبَ [٢/ ١٣٩ ر] حِرْفَةٍ ، الإنصاف تُركَ له ما يَتْجُرُ به . نصَّ عليه . وجزَم به ناظِمُ « المُفْرَداتِ » وغيرُه ، وهو منها . وقال في ﴿ المُوجَزِ ﴾ ، و ﴿ التَّبْصِرَةِ ﴾ : ويُتْرَكُ له أيضًا فَرَسٌ يَحْتاجُ إلى رُكُوبِها . وقال في « الرَّوْضَةِ » : يُتْرَكُ له دَابَّةً يحْتاجُها . ونقَل عَبْدُ اللهِ ، يُباعُ الكُلُّ إِلَّا المَسْكُنَ ، وما يُوازيه مِن ثِياب ، وخادِم يحْتاجُه .

⁽١) في م: ﴿ ماله ﴾ .

⁽٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٥ .

⁽٣) في الأصل ، ط ﴿ تنبيه ﴾ .

١٩٢١ - مسألة : ﴿ وَيُنْفِقَ عليه بالمَعْرُوفِ إِلَى أَنْ يَفْرَ غَ مِن قَسْمِهِ بينَ غُرَمائِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا حُجِر على المُفْلِسِ ، فإن كان ذا كَسْبٍ يَفِي بنَفَقَتِه ونَفَقَةِ مَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه ، فهي في كَسْبِه ، فإنَّه لاحاجَةَ إلى إخْراجِ مالِه مع غِناه بكَسْبِه ، فلم يَجُزْ ، كالزِّيادَةِ على النَّفَقَةِ . وإن كان كَسْبُه دُونَ نَفَقَتِه كُمِّلَتْ مِن مالِه . وإن لم يكنْ ذا كسب أَنْفِقَ عليه مِن مالِه مُدَّة الحَجْر وإن طال ؛ لأنَّ مِلْكَه باق ، وقد قال النبيُّ عَلِيلَةٍ : ﴿ ابْدَأَ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ ﴾(١) . ومَعْلُومٌ أنَّ في مَن يَعُولُه مَن تَجِبُ نَفَقَتُه عليه ، ويكونُ دَيْنًا عليه ، وهي زَوْجَتُه ، فإذا قَدَّمَ نَفَقَةَ نَفْسِه على نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، فكذلك على حَقِّ الغُرَماء ، ولأنَّ تَجْهيزَ المَيِّتِ يُقَدَّمُ على دَيْنِه [١١٣/٤ ظ] بالاتِّفاقِرِ ، والحَيُّ آكَدُ حُرْمَةً مِن المَيِّتِ ؛ لأنَّه مَضْمُونٌ بالإِتْلافِ . ويُقَدَّمُ

تنبيه(٢) : مُرادُ المُصَنِّف وغيره بتَرْكِ المَسْكَن والخادِم وغيرِهما ، إذا لم يَكُنْ عَيْنَ (٢) مالِ الغُرَماء . وأمَّا إنْ كان عَيْنَ (٢) مالِهم ، فإنَّه لاَيْتُرَكُ له منه شيءٌ ، ولو كان مُحْتاجًا إليه . جزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْح ِ » ، وغيرِهما . وهو واضِحٌ . فكلامُهم هنا مَخْصُوصٌ بما تقدُّم .

قوله: ويُنفِقَ عليه بالمَعُروف إلى أنْ يَفْرَغَ مِن قَسْمِه بينَ غُرَمائِه. يعْنِي، عليه وعلى عِيالِه . ومِنَ النَّفَقَةِ كُسْوَتُه وكُسْوَةُ عِيالِه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهب مُطْلَقًا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به في ﴿ الوَجِيزِ ﴾ وغيرِه . وقدَّمه في

⁽١) تَقْدُم تَخْرَيْجِه فِي ٦/ ٣٤ .

⁽٢) في الأصل ، ط ﴿ قوله ﴾ .

⁽٣) في الأصل ، ط : ﴿ غير ﴾ .

أَيْضًا نَفَقَةُ مَن تَلْزَمُه نَفَقَتُه مِن أقاربه ؛ مثلَ الوالِدِ^(١) والوَلَدِ ، وغَيْرِهم _{الشرح الكبير} ممَّن تَجبُّ نَفَقَتُه ؛ لأنَّهم يَجْرُون مَجْرَى نَفْسِه ، في كَوْنِ ذوى رَحِمِه منهم ، يَعْتِقُون إذا مَلَكَهم ، كما يَعْتِقُ إذا مَلَك نَفْسَه ، فكانت نَفَقَتُهُم كَنَفَقَتِه ، وكذلك نَفَقَةُ زَوْجَتِه ؛ لأنَّ نَفَقَتُها آكَدُ مِن نَفَقَةِ الأَقَارِب ؛ ﴿ لِأَنُّهَا تَجِبُ مِن طَرِيقِ المُعاوَضَةِ ، وفيها مَعْنَى الإِحْياء ، كما في الْأَقَارِبِ٢ُ . ومِمَّن أَوْجَبَ الإِنْفَاقَ على المُفْلِسِ وزَوْجَتِه وأَوْلادِه ؛ أَبُو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وتَجبُ كُسْوَتُهم ؛ لأنَّ ذلك ممَّا لا بُدَّ منه . والواجبُ مِن النَّفَقَةِ والكُسْوَةِ أَدْنَى ما يُنْفَقُ عِلى مِثْلِه بالمَعْرُوفِ ، وأَدْنَى ما يَكْتَسِي مِثْلُه ، وكذلك كُسْوَتُه مِن جنس ما يَكْتَسِيه(٣) مِثْلُه ، وكُسْوَةُ امْرَأْتِه ونَفَقَتُها مثلُ ما يُفْرَضُ على مِثْلِه . وأقَلُّ ما يَكْفِيه مِن اللِّباسِ قَمِيصٌ وسَراوِيلُ ، وشيءٌ يَلْبَسُه على رَأْسِه ؛ قَلَنْسُوَةٌ ، أو عِمامَةٌ ، أو غيرُها('') ممّا جَرَتْ عادَتُه به(°) ، ولرجْلِه حِذاءٌ ، إن كان يَعْتادُه ، وجُبَّةً أو فَرْوَةً في الشِّتاء لدَفْع ِ البَرْدِ . فإن كانت له ثِيابٌ لا يَلْبَسُ

« الفُروع ِ » وغيره . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارحُ : محَلُّ هذا إذا لم يَكُنْ له كَسْبٌ ، الإنصاف وأمَّا إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى التَّكَشُّبِ ، لم يُتْرَكْ له شيءٌ مِنَ النَّفَقَةِ . وقطَعا به . وهو قَوئ .

⁽١) في م: (الولد) .

⁽۲ – ۲) سقط من : م .

⁽٣) في م : (يكتسبه) .

⁽٤) في ق ، م : ﴿ غيرهما ﴾ .

⁽٥) زیادة من : ر ۱ .

الإنصاف

الشرح الكبير مِثْلُه مِثْلَها ، بيعَتْ ، واشْتُرى له كُسْوَةُ مِثْلِه ، ورُدَّ الفَضْلُ على الغُرَماء ، فإن كانت إذا بِيعَتْ واشْتُرِيَ له كُسْوَةُ مثلِه لا يَفْضُلُ منها شيءٌ ، تُرِكَتْ ؛ لعَدَم الفائِدةِ في بَيْعِها.

فصل : وإن مات المُفْلِسُ ، كُفِّنَ مِن مالِه ؛ لأنَّ نَفَقَتُه كانت واجبَةً مِن مالِه في حال حَياتِه ، فوَجَبَ تَجْهيزُه منه بعد المَوْتِ ، كغيره . وكذلك يَجِبُ كَفَنُ مَنْ يَمُونُه ؟ لأَنَّهم بِمَنْزِلَتِه . ولا يَلْزَمُ كَفَنُ زَوْجَتِه ؟ لأَنَّ نَفَقَتَها تَجِبُ في مُقابِلَةِ الاسْتِمْتاعِ ، وقد فات بمَوْتِها ، فسَقَطَتْ ، بخِلافِ الأقارب ؛ فإنَّ قَرابَتَهم باقِيَةٌ . ويَلْزَمُه تَكْفِينُ مَن مات مِن عَبيدِه وتَجْهيزُه ؛ لأَنَّ نَفَقَتَه ليست في مُقابَلَةِ الانْتِفاعِ به ، بدَلِيلِ وُجُوبِ نَفَقَةِ الصَّغِيرِ ، والمَبيع ِ قبلَ التَّسْلِيمِ . ويُكَفَّنُ في ثَلاثَةِ أَثْوَابٍ ، كَمَا كَانَ يَلْبَسُ في حَياتِه . ويَحْتَمِلُ أَن يُكَفَّنَ في ثَوْبِ يَسْتُرُه ؛ لأنَّه يَكْفِيه ، فلا حَاجَةَ إلى الزِّيادَةِ . وفارَقَ حالَ الحَياةِ ؟ لأنَّه لابُدَّ مِن تَعْطِيَةِ رَأْسِه ، وكَشْفُه يُؤْذِيه ، بخِلافِ المَيِّتِ. ويَمْتَدُّ الإنْفاقُ المَذْكُورُ إلى حينِ فَراغِه مِن القِسْمَةِ بينَ الغُرَماءِ ؟ لأَنُّه لا يَزُولُ مِلْكُه إِلَّا بذلك . ومَذْهَبُ الشافعيِّ قَرِيبٌ ممَّا ذَكَرْنا في هذا الفَصْلِ .

فصل : وإن كان المُفْلِسُ ذا صَنْعَةٍ ، يَكْسِبُ ما يَمُونُه ويَمُونُ مَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه ، أو كان يَقْدِرُ على أن يَكْسِبَ(١) مِن المُباحَاتِ ما يَكْفِيه ، أو يُؤْجرَ

فائدة : لو ماتَ ، جُهِّزَ مِن مالِه ، كَنَفَقَةٍ . قالَه في « الفائق » وغيره .

⁽١) بعده في الأصل ، ر ، ق ، م : ﴿ ذلك ﴾ .

المقنع

نَفْسَه ، أو يَتَوَكَّلَ لإنْسانٍ(١) بجُعْل يَكْفِيه ، لم يُتْرَكْ له شيءٌ مِن مالِه الشرح الكبير للنَّفَقَةِ . وإن لم يَقْدِرْ على شيءِ ممّا ذَكَرْناه ، تُرك [١١٤/٤] له مِن مالِه قَدْرُ مَا يَكْفِيه . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، في روايَةِ أَبِي داودَ : يُتْرَكُ له قُوتُ . يَتَقَوَّتُه ، وإن كان له عِيالَ تُرك له قِوامٌ . وقال ، فى رِوايَةِ المَيْمُونِيِّ : يُتْرَكُ له قَدْرُ ما يَقُومُ به مَعاشُه ، ويُباعُ الباقِي . وهذا في حَقِّ الشَّيْخِ الكَّبيرِ وذوى الهَيْئاتِ الذين لا يُمْكِنُهم التَّصَرُّفُ بأَبْدانِهِم . ويَنْبَغِي أَن يُجْعَلَ ممّا لا يَتَعَلَّقُ به حَقُّ بَعْضِهم بعَيْنِه ؛ لأنَّ مَن تَعَلَّقَ حَقَّه بالعَيْنِ أَقْوَى سَبَبًا مِن غيرِه ، كما ذَكُرْنا فى الدَّارِ والحادِمِ .

> فصل : وإذا تَلِف شيءٌ مِن ('مال المُفْلِس ') تَحْتَ يَدِ الأَمِين ، أو بِيعَ شيءٌ مِن مالِه وأُودِعَ ثَمَنُه ، فتَلِفَ عندَ المُودَعِ ، فهو مِن ضَمانِ المُفْلِس . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال مالِكٌ : العُرُوضُ مِن مالِه ، والدَّراهِمُ والدَّنانِيرُ مِن مالِ الغُرَماءِ . وقال المُغِيرَةُ : الدَّنانِيرُ مِن مال أصْحاب الدَّنانِيرِ ، والدَّراهِمُ مِن مالِ أَصْحابِ الدَّراهِمِ . ولَنا ، أنَّه مِن مالِ المُفْلِس (٣) ، ونماؤُه له(١٤) ، فكان تَلَفُه مِن(١٤) مالِه ، كالعُرُوض .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢ - ٢) في م: د ماله ، .

⁽٣) في م : ﴿ الفلس ﴾ .

⁽٤) سقط من: الأصل.

المتنع وَيَبْدَأُ بِبَيْع ِ مَا يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، ثُمَّ بِالْحَيَوانِ ، ثُمَّ بِالْأَثَاثِ ، ثُمَّ بِالْعَقَارِ . وَيُعْطِى الْمُنَادِىَ أُجْرَتَهُ مِنَ الْمَال .

الشرح الكبير

الرَّطْبِ ؛ لأَنَّ بَقاءَه يُتْلِفُه بِيقِينٍ (ثم) بَبَيْع ِ (الحَيَوانِ) لأَنَّه مُعَرَّضٌ الرَّطْبِ ؛ لأَنَّ بَقاءَه يُتْلِفُه بِيقِينٍ (ثم) بَبَيْع ِ (الحَيَوانِ) لأَنَّه مُعَرَّضٌ للإِتْلَافِ ، ويَحْتاجُ إلى مُؤْنَةٍ فى بَقائِه (ثم) بَبَيْع ِ (الأثاثِ) لأَنَّه يُخافُ عليه ، وتَنالُه اليَدُ (ثم) بَبَيْع ِ (العَقارِ) آخِرًا ؛ لأَنَّه لا يُخافُ تَلَفُه ، وبَقاؤُه أَشْهَرُ له ، وأكثرُ لطُلابه .

19۲۳ – مسألة : ﴿ وَيُعْطِى المُنادِىَ أُجْرَتَه مِن المالِ ﴾ لأنَّ البَيْعَ حَقَّ على المُفْلِسِ ؛ لكَوْنِه طَرِيقَ وَفاءِ دَيْنِه . وقِيلَ : هو مِن بَيْتِ المالِ ؛ لأَنَّه مِن المَصالِحِ .

الانصاف

قوله: ويُعْطِى المُنادِى - يعْنِى ونحوه - أَجْرتَه مِنَ المَالِ. والمُرادُ ، إذا لم يُوجَدُ مُتَطَوِّعٌ . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم ابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « المُحَرَّدِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنوِّرِ » ، و غيرِهم . وقدَّمه فى « المُغنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و غيرِهم . وقيل : إنَّما يُعْطَى مِن بَيْتِ المالِ إِنْ أَمْكَنَ ؛ لأَنّه مِنَ المَصالِحِ . جزَم به فى « الهِدائِدةِ » ، و « المُدْهبِ » ، و « مَسْبوكِ الدَّهبِ » ، و « المُدْهبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « إذْراكِ الغايةِ » . وقدَّمه فى و « التَّلْخيص » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال فى « الفائقِ » : وأُجْرَةُ المُنادِى مِنَ « الثَّمْنِ ، إِنْ فَقِدَ مُتَطَوِّعُ . وقيل : مِن بَيْتِ المالِ إِنْ تَعَذَّرَ مِن بَيْتِ المالِ . وقدَّمه وحقُ المُنادِى مِنَ الثَّمَنِ ، إِنْ فَقِدَ مُتَطَوِّعٌ . وقيل : مِن بَيْتِ المالِ إِنْ تَعَذَّرَ مِن بَيْتِ المالِ . وقدَّمه وحقُ المُنادِى مِنَ الثَّمَنِ ، إِنْ فَقِدَ مُتَطَوِّعٌ . وقيل : مِن بَيْتِ المالِ إِنْ تَعَذَّرَ مِن بَيْتِ المالِ . وقدَّمه وحقُ المُنادِى مِن الثَّمَنِ ، إِنْ فَقِدَ مُن يَتَطَوَّعُ بالنِّداءِ ، وتعَذَّرَ مِن بَيْتِ المالِ . وقدَّمه وحقُ المُنادِى مِن الثَّمَنِ ، إِنْ فَقِدَ مَن يَتَطَوَّعُ بالنِّداءِ ، وتعَذَّرَ مِن بَيْتِ المالِ . وقدَّمه

وَيَبْدَأُ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، فَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَقَلَّ مِنَ الْأَرْشِ أَوْ ثَمَنِ الْجَانِي ، المس ثُمَّ بِمَنْ لَهُ رَهْنٌ ، فَيُخَصُّ بِثَمَنِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ لَهُ فَضْلٌ ، ضَرَبَ بِهِ مَعَ الْغُرَمَاءِ ، وَإِنْ فَضَلَ مِنْهُ فَضْلٌ ، رُدٌّ عَلَى الْمَالِ .

١٩٢٤ - مسألة : (وَيَبْدَأُ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، فَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَقَلُّ مِن الأرْشِ أو ثَمَنِ الجانِي) وقد ذَكَرْنا ذلك (١) في الرَّهْن ، هذا إذا كان عَبْدُه الجانِيَ . فعلى هذا ، يَبْدَأُ بَبَيْعِه ، وما فَضَل مِن ثَمَنِه صُر ف إلى الغُرَماء . فإن كان المُفْلِسُ هو الجانِيَ ، فالمَجْنِيُّ عليه أَسْوَةُ الغُرَماء ؛ لأنَّ حَقَّه يَتَعَلَّقُ بالذُّمَّةِ ، بخِلافِ جنايَةِ العَبْدِ ، وقد ذَكَرْناه .

١٩٢٥ - مسألة: (ثم بمَن له رَهْنٌ ، فيُخَصُّ بثَمَنِه) يُباعُ ١٠ الرَّهْنُ ويَخْتَصُّ المُرْتَهِنُ بَثَمَنِه ، إن كان ثَمَنُه بقَدْر دَيْنِه أو أقَلَّ منه ، سَواتٌ كان المُفْلِسُ حَيًّا أُو مَيِّتًا ؛ لأنَّ حَقَّه مُتَعَلِّقٌ بعَيْنِ الرَّهْنِ وذِمَّةِ الرَّاهِنِ معًا ،

ف (التَّلْخيص » ، و (الرَّعايَةِ الكُبْرَى) . وقال ابنُ عَقِيلٍ : هي مِن مالِ المُفْلِسِ الإنصاف ابْتِداءً . انتهى . وفي القَوْل الثَّانِي ، نَظَرٌ . ولعَلَّ النُّسْخَةَ مَعْلُوطَةٌ .

> تنبيه : مُرادُه بقَوْلِه : ويَبْدَأُ بالمَجْنِيُّ عليه . إذا كان الجانِي عَبْدَ المُفْلِس ، بدَليل قُولِه : فَيَدْفَعُ إليه الْأَقَلُّ مِنَ الأَرْشِ أَو ثَمَنِ الجانِي . وسواءٌ كانتِ الجِنايَةُ عليه قبلَ الحَجْرِ أو بعدَه . جزَم به في « الفُروع ِ » وغيرِه . وأمَّا إنْ كان المُفْلِسُ هو الجانِي ، فالمَجْنِيُّ عليه أُسْوَةُ الغُرَماء ؛ لأنَّ حقَّه مُتَعَلِّقٌ بالذِّمَّةِ .

قوله : ثم بمَن له رَهْنٌ ، فَيَخْتَصُّ بثَمَنِه . ظاهِرُه ، أَنَّه سواءٌ كان الرَّهْنُ لازمًا ،

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) في الأصل : ﴿ ثم يباع ﴾ .

الشرح الكبير وسائِرُهم يَتَعَلَّقُ حَقُّه (١) بالذِّمَّةِ دُونَ العَيْن ، فكان حَقُّه أَقْوَى . ولا نَعْلَمُ في هذا خِلافًا . وهو مَذْهَبُ الشافعيُّ ، وأَصْحاب الرَّأْي . فإن كان في (١) ثَمَنِ الرَّهْنِ فَضْلُّ عن دَيْنِ المُرْتَهِنِ ، أَعْطِيَ قَدْرَ دَيْنِه ، ورُدَّ الباقِي على الغُرَماءِ . وإن فَضَل شَيْءٌ مِن دَيْنِه ، ضَرَب بالفاضِلِ مع الغُرَماءِ .

فصل : ولو باع شيئًا أو باعَه وَكِيلُه ، وقَبَض الثُّمِّنَ ، فَتَلِفَ وتَعَذَّرَ رَدُّه ، و خَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً ، [١١٤/٤] ساوَى المُشْتَرِى الغُرَماء ؟ لأَنَّ حَقَّه لم يَتَعَلَّقْ بعَيْن المالِ ، فهو بمَنْزِلَةِ أَرْشِ جِنايَةِ المُفْلِسِ . وذَكَر القاضى احْتِمالًا ، أنَّه يُقَدَّمُ على الغُرَماء ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، فكان أُوْلَى ، كَالْمُرْتَهِن ، ولأنَّه لو لم يُقَدَّمْ على الغُرَماء ، لامْتَنَع النَّاسُ مِن شراء مالِ المُفْلِسِ ، خَوْفًا مِن ضَياعٍ أَمْوالِهم ، فتَقِلُّ الرُّغَباتُ فيه ، ويَقِلُّ ثَمَنُه ، فكان تَقْدِيمُ المُشْتَرِي بذلك على الغُرَماءِ أَنْفَعَ لهم . وهذا وَجْهُ لأَصْحابِ الشافعيِّ . ولَنا ، أنَّ هذا حَقٌّ لم يَتَعَلَّقْ بعَيْنِ المال ، فلم يُقَدَّمْ ، كالذي جَنَى عليه المُفْلِسُ . وفارَقَ المُرْتَهنَ ، فإنَّ حَقَّه تَعَلَّقَ بالعَيْن ، وما ذَكَرُوهُ مِن المَعْنَى الأُوَّلِ مُنْتَقِضٌ بأَرْشِ جِنايَةِ المُفْلِسِ ، والثانِي مَصْلَحَةً لا أَصْلَ

الإنصاف أوْ لا . وهو ظاهِرُ كلامِه في « المُحَرَّرِ » ، و « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و ﴿ الوَجيزِ ﴾ ، وغيرِهم . قال في ﴿ الفُروعِ ﴾ : و لم يُقَيِّدُه جماعَةٌ باللَّزوم . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يَخْتَصُّ بثَمَنِه إلَّا إذا كان لازمًا . قدَّمه في « الفُروعِ » . وعنه ، إذا ماتَ الرَّاهِنُ أو أَفْلَسَ ، فالمُرْتَهِنُ أَحَقُّ به . و لم يَعْتَبرْ وُجودَ

⁽١) سقط من: الأصل.

⁽٢) سقط من : م .

لها ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ بها(') . فإن كان(') الثَّمَنُ مَوْجُودًا يُمْكِنُ رَدُّه ، الشرح الكبير وَجَب رَدُّه ، ويَنْفَر دُ به(٢) صاحِبُه ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، لم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ أَحَدٍ مِن النَّاسِ ، وكذلك صَاحِبُ السُّلْعَةِ المُسْتَحَقَّةِ يَأْخُذُها . ومتى باع وَكِيلَ المُفْلِسِ أَو العَدْلُ ، أَو باع الرَّهْنَ ، وخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً ، فَالْعُهْدَةَ عَلَى الْمُفْلِسِ ، ولا شيءَ عَلَى الْعَدْلِ ؛ لأَنَّه أَمِينٌ .

> فصل : ومَن اسْتَأْجَرَ دارًا أو بَعِيرًا بعَيْنِه ، أو شيئًا غيرَهما بعَيْنِه ، ثم أَفْلَسَ المُؤْجِرُ ، فَالمُسْتَأْجِرُ أَحَقُّ بالعَيْنِ التي اسْتَأْجَرَها مِن الغُرَماءِ حتى يَسْتَوْفِيَ حَقُّه ؛ لأَنَّ حَقُّه مُتَعَلِّقٌ بعَيْنِ المالِ ، والمَنْفَعَةُ مَمْلُوكَةٌ له في هذه المُدَّةِ ، فكان أحقَّ بها ، كما لو اشْتَرَى منه شيَّءًا . فإن هَلَك البَعيرُ ، أو انْهَدَمَتِ الدَّارُ قبلَ انْقِضاء المدةِ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ ، ويَضْر بُ مع الغُرَماء ببقِيَّةِ الْأَجْرَةِ . وإنِ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا في الذِّمَّةِ ثِمَ أَفْلَسَ المُؤْجِرُ ، فالمُسْتَأْجرُ أُسْوَةُ الغُرَماء ؛ لأنَّ حَقَّه لم يَتَعَلَّقْ بالعَيْن . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . فإن أَجَرَ دارًا ، ثم أَفْلَسَ ، فاتَّفَقَ الغُرَماءُ والمُفْلِسُ على

قَبْضِه بعدَ مَوْتِه أو قبلَه . وقال في « الفائقِ » : ثم يخْتَصُّ مَن له رَهْنٌ بثَمَنِه ، في الإنصاف أُصحِّ الوَجْهَيْنِ . وقال في « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : يَخْتَصُّ بثَمَنِ الرَّهْنِ ، على الأصحِّ . فحكَى الخِلافَ روايتين . وذكرَهما ابنُ عَقيل وغيرُه في صُورَةِ المَوْتِ ؟ لَعَدَم رضاه بذِمُّتِه ، بخِلافِ مَوْتِ بائع ٍ وجَد مَتاعَه : وقال في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ ، بعدَ أَنْ قدَّم المذهبَ : وعنه ، أنَّه بعدَ المَوْتِ أَسْوَةُ الغُرَماءِ مُطْلَقًا .

⁽١) في الأصل : ﴿ فيها ﴾ .

⁽٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير البَيْع ِ قبلَ انْقِضاءِ مُدَّةِ الإِجارَةِ ، فلهم ذلك ، ويَبيعُونَها مُسْتَأْجَرَةً ، فإن اخْتَلَفُوا ، قُدِّمَ قُولُ مَن طَلَبِ البَيْعَ فِي الحَالِ ؛ لأنَّه أَحْوَطُ مِن التَّأْخِيرِ ، فإذا اسْتَوْفَى المُسْتَأْجِرُ ، تَسَلَّمَ المُشْتَرى . وإنِ اتَّفَقُوا على تَأْخِيرِ البَيْعِ حتى تَنْقَضِيَ مُدَّةُ الإِجارَةِ ، فلهم ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ لا يَخْرُجُ عنهم .

فصل : ولو باع سِلْعَةً ، ثم أَفْلَسَ قبلَ تَقْبيضِها ، فالمُشْتَرى أَحَقُّ بها مِن الغُرَماءِ ، سَواءٌ كانت مِن المَكِيل والمَوْزُونِ أو لم تَكُنْ ؛ لأَنَّ المُشْتَرى قد مَلَكَها وِثَبَت مِلْكُه فيها ، فكان أحَقَّ بها ، كما لو قَبَضَها ، ولا فَرْقَ بينَ ما قبلَ قَبْض الثَّمَن وبعدَه . وإنْ كان عليه سَلَمٌ ، فوَجَدَ المُسْلِمُ الثَّمَنَ قائِمًا ، فهو أَحَقُّ به ؛ لأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه ، وإن لم يَجدْه فهو أُسْوَةُ الغُرَماء ؛ لأنُّه لم يَتَعَلَّقْ حَقُّه بعَيْنِ مالِ(١) ولا ثَبَت مِلْكُه فيه ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماء بالمُسْلَم فيه ؛ لأنَّه الذي يَسْتَحِقُّه دُونَ الثَّمَن . فإن كان في المالِ جنْسُ حَقُّه ، أَخَذَ منه بقَدْر ما يَسْتَحِقُّه ، وإن لم يَكُنْ [١١٥/٤] فيه جنْسُ حَقُّه ، عُزل له قَدْرُ حَقُّه ، فيَشْتَرى به المُسْلَمَ فيه ، فيَأْخُذُه . وليس له أن يَأْخُذَ المَعْزُولَ بَعَيْنِه ؛ لِئَلَّا يكونَ بَدَلًا عمَّا في الذُّمَّةِ مِن المُسْلَم فيه ، وذلك لا يَجُوزُ ؛ لقَوْلِه عليه السَّلامُ : « مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْء ، فَلَا يَصْرَفْهُ إِلَى

قوله : فإنْ فضَل له فَضْلٌ ، ضرَب به مع الغُرَماءِ ، وإنْ فضَل منه فَضْلٌ ، رُدَّ على المالِ . وتقدُّم أنَّ الفاضِلَ يُرَدُّ على المالِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، كما جزَم به هنا ، وأنَّ القاضِيَ اخْتارَ أنَّ بائعَه أحقُّ بالفاضِل ، وله الرُّجوعُ فيه .

⁽١) في ر ١، م: د ماله ، .

ثُمَّ بِمَنْ لَهُ عَيْنُ مَالِ يَأْخُذُهَا ، ثُمَّ يَقْسِمُ الْبَاقِيَ بَيْنَ بَاقِي الْغُرَمَاءِ عَلَى المنع قَدْرِ دُيُونِهِمْ .

غَيْرِه ٧٠٠ . فإنْ أَمْكَنَ أَن يَشْتَرىَ بالمَعْزُول أَكْثَرَ ممّا قُدِّرَ له ؛ لرُخْص الشرح الكبير المُسْلَمِ فيه ، اشْتُرِيَ له بِقَدْرِ حَقَّه ، ورُدَّ الباقي على الغُرَماءِ . مِثالُه ؛ رجلٌ أَفْلَسَ وَلَهُ دِينَارٌ ، وعليه لرجل دِينَارٌ ، ولآخَرَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ مِن سَلَم قِيمَتُه دِينارٌ ، فإنه يُقْسَمُ دِينارُ المُفْلِسِ نِصْفَيْن ؛ لصاحِبِ السَّلَمِ نِصْفُه ، فإن رَخُصَتِ الحِنْطَةُ ، فصار قِيمَةُ القَفِيز نِصْفَ دِينارِ ، تَبَيَّنَا أَنَّ حَقَّه مِثْلُ نِصْفِ حَقِّ صاحِبِ الدِّينارِ ، فلا يَسْتَحِقُّ مِن دِينارِ المُفْلِسِ إِلَّا ثُلُقَه ، يُشْتَرَى له به ثُلُثا قَفِيزٍ ، فَيَأْخُذُه ، ويُرَدُّ سُدْسُ الدِّينارِ على الغَرِيمِ الآخَرِ . وإن غَلا المُسْلَمُ فيه ، فصار قِيمَةُ القَفِيزِ دِينارَيْنِ ، تَبَيَّنَا أَنَّه يَسْتَحِقُّ مِثْلَىْ ما يَسْتَحِقّه صاحِبُ الدِّينارِ ، فيكونُ له مِن دينارِ المُفْلِسِ ثُلُثاه ، فيُشْتَرَى له بالنَّصْفِ المَعْزُولِ ، ويُرْجَعُ على الغَرِيمِ بسُدْسِ دِينارٍ ، يُشْتَرَى له به أيضًا ؛ لأنَّ المَعْزُولَ مِلْكٌ للمُفْلِسِ ، وإنَّما للغَرِيمِ قَدْرُ حَقِّه ، فإن زاد فللمُفْلِس ، وإن نَقَص فعليه .

> ١٩٢٦ - مسألة : (ثم بمَن له عَيْنُ مالِ يَأْخُذُها) بالشُّرُوطِ المَذْكُورَةِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك (ثم يَقْسِمُ الباقِيَ بينَ باقِي الغُرَماءِ على قَدْرِ دُيُونِهم) لتَساوِيهم في الاسْتِحْقاقِ . فإن كانت دُيُونُهم مِن جِنْسِ

قوله: ثم بمَن له عَيْنُ مالِ يأْخُذُها. يعْنِي ، بالشُّروطِ المُتقَدِّمَةِ. وكلامُه هنا الإنصاف أَعَمُّ ؛ فَيَدْخُلُ عَيْنُ القَرْضِ ، ورَأْسُ مالِ السَّلَمِ ، وغيرُهما ، كما تقدُّم . وكذا

⁽١) تقدم تخريجه في ٢٥١/١٢ .

المَنع فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَحِلُّ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَحِلُّ ، فَيُشَارِكُهُمْ .

الشرح الكبير الأَثْمانِ ، أُخَذُوها ؛ (الأنَّ ذلك هو المَقْصُودُ مِن بَيْع ِ مالِه ، فلو قَضَى المفلسُ والحاكِمُ بَعْضَهم وَحْدَه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّهم شُركاؤُه ، فلم يَجُز الْحَتِصاصُه (٢) دُونَهم (١) ، وإن كان فيهم مَن دَيْنُه مِن غير جِنْسِ الْأَثْمَانِ ، كالقَرْضِ لغيرِ الأَثْمانِ ، فرَضِيَ أَن يَأْخُذَ عِوَضَ حَقِّه مِن الأَثْمانِ ، جاز ، وإنِ امْتَنَعَ وطَلَب جِنْسَ حَقِّه ، اشْتُرِيَ له بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ مِن جِنْسِ دَيْنِه . ولو أراد الغَريمُ الأُخْذَ مِن المال المَجْمُوعِ ، وقال المُفْلِسُ : لا أُقْضِيك إِلَّا مِن جِنْسِ دَيْنِك . قُدِّمَ قُولُ المُفْلِس ؛ لأَنَّ هذه مُعاوَضَةٌ ، فلا تَجُوزُ إِلَّا بتَراضِيهما .

١٩٢٧ - مسألة : (فإن كان فيهم مَن له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لم يَحِلَّ . وعنه ،أنَّه يَحِلُّ ، فيُشارِكُهم) لا يَحِلُّ الدَّيْنُ المُؤَّجُّلُ بِفَلَسٍ مَن هو عليه .

الإنصاف المُسْتَأْجِرُ مِنَ المُفْلِسِ أَحَقُّ بالمَنافِعِ مُدَّةَ الإجارَةِ مِن بَقِيَّةِ الغُرَماءِ ، على ما تقدُّم قَريبًا .

قوله : ثم يَقْسِمُ الباقِيَ بينَ باقِي الغُرَماءِ على قَدْرِ دُيُونِهم ؛ فإنْ كان فيهم مَن له دَيْنٌ مُوِّجُّلٌ ، لم يَحِلُّ . هذا إحْدَى الرِّواياتِ . وهو المذهبُ . قال الزَّرْكَشِيُّ :

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

وجاء في الأصل بعد قوله : ﴿ اشترى له بحصته من الثمن من جنس دينه ﴾ . الآتي . (٢) في الأصل : ﴿ اختصاصهم ﴾ .

أَنَّه يَحِلُّ . وهو قولَ مالِكٍ . وعن الشافعيِّ كالمَذْهَبَيْن . واحْتَجُوا بأنَّ الإَفْلاسَ يَتَعَلَّقُ به الدَّيْنُ بالمال ، فأَسْقَطَ الأَجَلَ ، كَالْمَوْتِ . وَلَنا ، أَنَّ الْأَجَلَ حَتُّ للمُفْلِسِ ، فلا يَسْقُطُ بِفَلَسِه ، كسائِر حُقُوقِه ، ولأنَّه لا يُوجِبُ حُلُولَ مالِه ، فلا يُوجبُ حُلُولَ ما عليه ، كالجُنُونِ والإغْماء ، ولأنَّه دَيْنٌ مُؤَجَّلَ على حَيِّ ، فلم يَحِلُّ قبلَ [١١٥/٤] أَجَلِه ، كَغَيْرِ المُفْلِسِ . والأَصْلُ المَقِيسُ عليه مَمْنُوعٌ ، وإن سُلِّمَ ، فالفَرْقُ بينهما أنَّ ذِمَّتَه خَرِبَتْ ،

هذا المذهبُ المَشْهورُ . قال ابنُ مُنَجَّى في « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وهو أصحُّ . الإنصاف قال القاضى : لا يحِلُّ الدُّيْنُ بالفَلَسِ ، رِوايَةً واحِدةً . قال في « التَّلْخِيصِ » : لا يجِلُّ الثَّمَنُ المُؤَّجُّلُ بالفَلَسِ ، على الأصحِّ . قال في « الخُلاصَةِ » : وإنْ كان له دَيْنٌ مُؤَّجَّلٌ ، لم يُشارِكْ ، على الأصحِّ . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِي » ، و « المُغْنِسي » ، و « الشُّـرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْــن » ، و « الحاوِيْن » ، و « الفُروع ِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » وغيرِه . وعنه ، يَحِلُّ . ذكرَها أبو الخَطَّابِ . قال ابنُ رَزِينٍ : وليس بشيءِ . وأَطْلَقهما في « الهدايَةِ » ، و « المُذْهَب » . وعنه ، لا يَحِلُّ إذا [٢/ ١٣٩ظ] وُثَّقَ برَهْن ِ ، أو كَفِيل مَلِيءٍ ، وإلَّا حَلَّ . نقَلَها ابنُ مَنْصُور . فمتى قُلْنا : يَحِلُّ . فهو كَبَقِيَّةِ الدُّيونِ الحالَّةِ . ومتى قُلْنا : لا يَحِلُّ . لم يُوقَفْ لرَبِّه شيءٌ ، ولا يَرْجِعُ على الغُرَماءِ به إذا حَلَّ . لكِنْ إنْ حَلَّ قبلَ القِسْمَةِ ، شارَكَ الغُرَماءَ ، وإنْ حَلَّ بعدَ قِسْمَةِ البعض ، شارَكَهم أيضًا ، وضرَب بجَمِيع ِ دَيْنِه ، وباقِي الغُرَماء ببَقِيَّةٍ دُيُونِهم . قالَه الزُّرْكَشِيُّ وغيرُه مِنَ الأصحاب .

الله وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَجِلُّ إِذَا وَثَّقَ الْوَرَثَةُ . وَعَنْهُ ، يُجل .

الشرح الكبر بخِلافِ المُفْلِس . إذا تُبَت هذا ، فإنّه إذا حُجر على المُفْلِس ، فقال أَصْحابُنا: لا يُشَارِكُ أَصْحابُ الدُّيُونِ المُؤَّجَّلَةِ أَصْحابَ الدُّيُونِ الحالَّةِ ، ويَبْقَى المُوَّجَّلُ في الذِّمَّةِ إلى وَقْتِ حُلُولِه ، فإنْ لم يَقْسِمِ الغُرَماءُ حتى حَلَّ الدَّيْنُ ، شارَكَ الغُرَماءَ ، كما لو تَجَدَّدَ على المُفْلِس دَيْنٌ بجنايَتِه ، فإنْ أَدْرَكَ بعضَ المالِ قبلَ قِسْمَتِه شارَكُهم فيه ، (ايَضْربُ فيه ا) بجَمِيع ِ دَيْنِه ، ويَضْرِبُ (٢) باقِي الغُرَماءِ ببَقِيَّةِ دُيُونِهم . وإن قَلْنا : يَحِلُّ الدَّيْنُ . فهو كأصْحاب الدُّيُونِ الحالَّةِ سَواءٌ .

١٩٢٨ – مسألة : (ومَن مات وعليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لم يَحِلُّ إذا وَثُقَ الوَرَثَةُ . وعنه ، أنَّه يَحِلُّ) (٢) اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ في خُلُولِ الدَّيْنِ بالمَوْتِ على مَن هو عليه ، فرُوِيَ أَنَّه لا يَحِلُّ . اخْتارَه الخِرَقِيُّ ، بشَرْطِ أَن يُوَثِّقَ

قوله : ومَن ماتَ وعليه دَيْنٌ مُؤِّجَّلٌ ، لم يَحِلُّ إذا وَثَّقَ الوَرَثَةُ . يعْنِي ، بأقَلِّ الْأَمْرَيْن مِن قِيمَةِ التَّرِكَةِ أَوِ الدَّيْنِ . هذا المذهبُ . قال في « القَواعِدِ الفِقْهيَّةِ » : هذا أَشْهَرُ الرُّوايتَيْن . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَشْهورُ والمُخْتارُ للأصحاب مِنَ الرُّوايتَيْن . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقطَع به الخِرَقِيُّ ، وصاحِبُ

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

⁽٢) بعده في م : ﴿ مع ﴾ .

⁽٣) في حاشية ر ، ق : ﴿ لا يحل الدين المؤجل بالفلس ولا بالموت ، إذا وثق الورثة أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين برهن أو كفيل . فإن تعذر التوثيق حل . وعنه ، يحل بالموت دون الفلس . وعنه ، يحل بهما . حكاها أبو الخطاب . وعنه ، إن وثق لم يحل فيهما ، وإلا حل . نقلها الكوسج ؛ .

المقنع

الوَرَثَةُ . وهو قولُ ابن سِيرينَ ، وعُبَيْدِ اللهِ بن الحَسَن ، وإسْحاقَ ، وأبي الشرح الكبير عُبَيْدٍ . والرِّوايَةُ الأَخْرَى ، أنَّه يَجِلُّ بالمَوْتِ . وبه قال الشُّعْبيُّ ، والنَّخَعِيُّ، وسَوّارٌ (١)، ومالِكٌ، والثُّوريُّ، والشافعيُّ، وأصْحابُ الرَّأَى؛ لأَنَّه لا يَخْلُو إِمَّا أَن يَبْقَى في ذِمَّةِ المَيِّتِ أو الوَرَثَةِ ، أو يَتَعَلَّقَ بالمال . لا يَجُوزُ بَقاؤُه في ذِمَّةِ المَيِّتِ ؛ لخَرابِها وتَعَذَّرِ مُطالَبَتِه بها ، ولا ذِمَّةِ

« العُمْدَةِ » ، و « الوَجيز » ، و « المُنوِّر » ، وغيرُهم . وقدَّمه في الإنصاف « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّر » ، و « الفَروع ِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يَجِلُّ هنا مُطْلَقًا ، ولو قَتَلَه رَبُّه ، ولو قُلْنا : لا يَجِلُّ بالفَلَس . اخْتارَه ابنُ أَبِي مُوسى . وقدَّمه ابنُ رَزِين ِ في ﴿ شَرْحِه ﴾ ، ومالَ إليه . فعلى المذهب ، إنْ تعَذَّرَ التَّوَثَّقُ ، حَلَّ . على الصَّحيح مِنَ المذهب . جزَم به في « المُغْنِي » ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، وغيرِهما . وقدَّمه في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ وغيرِه . وعنه ، لا يَجِلُّ . انْحتارَه أبو محمد الجَوْزِئ . وقدَّمه في ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاويين ﴾ . قال ناظِمُ « المُفْرَداتِ » : ولا يحِلُّ ما على المَدْيونِ بمَوْتِه مِن آجل الدُّيونِ . وقال في « الانتصارِ » : يتَعلَّقُ الحَقُّ بذِمَّتِهم - وذكرَه عن أصحابنا في الحَوالَةِ - فإنْ كانتْ مَلِيئَةً ، وإِلَّا وَثَّقُوا . وقال أيضًا : الصَّحيحُ أنَّ الدَّيْنَ في ذِمَّةِ المَيِّتِ والتَّرِكَةِ . فعلى المذهب ، يَخْتَصُّ أَرْبابُ الدُّيونِ الحالَّةِ بالمالِ . وعلى الثَّانيةِ ، يُشارِكُون به . وقال في ﴿ الرِّعايَةِ ﴾ : ومَن ماتَ ، وعليه دَيْنٌ حالٌّ ، ودَيْنٌ مُؤَّجُّلٌ ، وقُلْنا : لا تحِلُّ بِمَوْتِه . ومالَه بقَدْر الحالُ ، فهل يُتْرَكُ له ما يخَصُّه ؛ ليَأْخَذُه إذا حلَّ دَيْنُه ، أو يُوفّي

⁽١) أبو عبد الله سوَّار بن عبد الله بن سوار العنبري ، من أهل البصرة ، نزل بغداد ، وولى قضاء الرصافة ، وكان فقيها ، صالحًا ، أديبا ، شاعرا ، توفى سنة خمس وأربعين ومائتين . تاريخ بغداد ٢١٠/٩ – ٢١٢ ، الأنساب ٧٠، ٦٩/٩ .

الشرح الكبير

الوَرَثَةِ ؛ لأَنَّهُم لَم يَلْتَزِمُوهَا ، ولا رَضِىَ صَاحِبُ الدَّيْنِ بِذِمَمِهُم ، وهي مُخْتَلِفَةٌ مُتَباينَةٌ ، ولا يَجُوزُ تَعْلِيقُه على الأعْيانِ وتَأْجِيلُه ؛ لأَنَّه ضَرَرٌ بالمَيِّتِ وصَاحِبِ الدَّيْنِ ، ولا نَفْعَ للوَرَثَةِ فيه . أمّا المَيِّتُ فلأنَّ النبيَّ عَيِّقِ قال : « المَيِّتُ مُرْتَهَنَّ بِدَيْنِهِ ، حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » (() . وأمّا صَاحِبُه ، فيتأخَّرُ والمَيِّتُ مُرْتَهَنَّ بِدَيْنِهِ ، حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » (أَنَّ وأمّا صَاحِبُه ، فيتأخَّرُ حَقَّه ، وقد تَتْلَفُ العَيْنُ فيَسْقُطُ حَقَّه . وأمّا الوَرَثَةُ ، فإنَّهُم لا (٢) يَنْتَفِعُون

الإنصاف

الحالُّ ، ويَرْجِعُ على رَبِّه صاحِبُ المُؤَجَّلِ إِذا حَلَّ بحِصَّتِه ، أو لا يَرْجِعُ ؟ يَحْتَمِلُ ثَلاثَةَ أَوْجُهٍ .

فوائد ؛ الأُولَى ، إذا لم يَكُنْ له وارِثٌ ، فقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيل ، والمُصَنِّفُ فى « المُغنى » : يجلَّ الدَّيْنُ ؛ لأنَّ الأصْلَ يَسْتَجِقُه الوارِثُ ، وقد عُدِمَ هنا . وقدَّمه فى « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وذكر القاضى فى « خلافِه » احْتِمالَيْن . قال فى « الفُروعِ » : ولو وَرِثَه بَيْتُ المالِ ، احْتَمَلَ انتِقالُه ، ويَضْمَنُ الإمامُ للغُرَماءِ ، واحْتَمَلَ حِلَّه . وذكرَهما فى « عُيونِ المَسائل » . وذكرَهما القاضى الإمامُ للغُرَماءِ » واحْتَمَلَ حِلَّه . وذكرَهما فى « عُيونِ المَسائل » . وذكرَهما القاضى فى « التَّعْليقِ » ؛ لعدَم وارِثِ مُعَيَّن . وأطلق فى « الفائقِ » وَجْهَيْن ، فيما إذا لم يَكُنْ له وارِثُ . الثَّانيَةُ ، قال فى « التَّلْخيضِ » : حُكْمُ مَن طرَأ عليه جُنونَ حُكْمُ المُنْ المُدُولِ الدَّيْنِ وعدَمِه . الثَّالثَةُ ، متى قُلْنا بحُلولِ الدَّيْنِ المُحْوَلِ الدَّيْنِ المُحْوَلِ الدَّيْنِ وعدَمِه . الثَّالثَةُ ، متى قُلْنا بحُلولِ الدَّيْنِ المُحْوَلِ الدَّيْنِ المُحْوَلِ الدَّيْنِ وعدَمِه . الثَّالثَةُ ، متى قُلْنا بحُلولِ الدَّيْنِ المُحْوَدِ مِنَ المُدهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ المُحْوَدِ ، فإنَّه يأخُذُه كلَّه . على الصَّحيح مِنَ المُذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، وقال : والمُخْتارُ سُقوطُ جُزْءِ مِن رِبْحِه مُقابِلَ الأَجلِ بقِسْطِه ، وهو مأخُوذٌ مِنَ الوَضْعِ والتَّأْجِيلِ . انتهى . وهو حَسَنَ . الأَجلِ بقِسْطِه ، وهو مأخُوذٌ مِنَ الوَضْعِ والتَّأْجِيلِ . انتهى . وهو حَسَنَ .

⁽١) تقدم تخريجه في ٢١/٦ بلفظ : ﴿ نَفْسَ المُؤْمِن مَعْلَقَةَ بَدَيْنَهُ ... ﴾ .

⁽٢) سقط من : الأصل .

بالأعْيانِ ولا يَتَصَرَّفُون فيها ، وإن حَصَلَتْ لهم مَنْفَعَةٌ ، فلا يَسْقُطُ حَظُّ الشرح الكبير المَيِّتِ وصاحِبِ الدَّيْنِ لمَنْفَعَةٍ لهم . ولَنا ، ما ذَكَرْنا في المُفْلِس ، ولأنَّ المَوْتَ ما جُعِلَ(') مُبْطِلًا للحُقُوقِ ، وإنَّما هو مِيقاتٌ للخِلافَةِ ، وعَلامَةٌ على الوِراثَةِ ، وقد قال النبِيُّ عَلِيلَةٍ : ﴿ مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ ﴾ (٢) .

الرَّابعةُ ، هل يَمْنَعُ الدَّيْنُ انْتِقالَ التَّرِكَةِ إلى الوَرَثَةِ ، أم لا يَمْنَعُ ؟ فيه رِوايَتان ؟ الإنصاف إحْداهما ، لا يَمْنَعُ ، بل تَنتَقِلُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهب . اختارَه أبو بَكْر ، والقاضى ، وأصحابُه . قال ابنُ عَقِيلٍ : هي المذهبُ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هو المَنْصوصُ المَشْهورُ المُخْتارُ للأصحاب . وقد نصَّ الإمامُ أحمدُ ، أنَّ المُفْلِسَ إذا ماتَ ، سقَط حتُّ البائع ِ مِن غير مالِه ؛ لأنَّ المالَ انْتَقَلَ إلى الوَرَثَةِ . قال في ﴿ القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ ﴾ : أَشْهَرُ الرُّوايتَيْنِ الانْتِقالُ . والرُّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا تَنْتَقِلُ . نقَلَها ابنُ مَنْصُورٍ . وصحَّحه النَّاظِمُ . ونصَرَه في ﴿ الانْتِصارِ ﴾ . ويأتَّى ذلك في آخِرِ القِسْمَةِ بأتُّمُّ مِن هذا . ولهذا الخِلافِ فَوائدُ ، يأتِي بَيانُها قَريبًا . ولا فَرْقَ في ذلك بينَ دُيونِ اللهِ تَعالَى ، ودُيونِ الآدَمِيِّين ، ولا بينَ الدُّيونِ الثَّابِتَةِ في الحَياةِ ، والمُتَجَدِّدَةِ بعدَ المَوْتِ بِسَبَبِ يَقْتَضِى الضَّمانَ ؟ كَحَفْرِ (٣) بِعْرِ ونحوهِ . صرَّح به القاضي . وهل يُعْتَبرُ كَوْنُ الدِّينِ مُحِيطًا بالتَّركة ، أم لا ؟ قال في « القواعِدِ » : صرَّ - به جماعَة ؟ منهم صاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ، في التَّفْليس . وقال في « الفَوائد ِ » : ظاهِرُ كلام طائفة ، اعْتِبارُه ؟ حيثُ فرَضُوا المَسْأَلَةَ في الدَّيْنِ المُسْتَغْرِقِ . ومنهم من صرَّح بالمَنْع ِ مِنَ الانْتِقالِ ، وإنْ لم يَكُنْ مُسْتَغْرِقًا . ذكرَه في مَسائلِ الشُّفْعَةِ . وعلى القَوْلِ

⁽١) في الأصل: ﴿ حصل ﴾ .

⁽٢) تقدم تخريجه في ١٨٨/٦ .

⁽٣) من هنا وحتى قوله : (ذكره في الانتصار) في صفحة ٣٣١ سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير وما ذَكَرُوه إِثْباتُ حُكْم بالمَصْلَحَة المُرْسَلَة ، لم يَشْهَدْ لها شاهِدُ الشَّرْع ِ باعْتِبارٍ . فعلى هذا ، يَبْقَى الدَّيْنُ فى ذِمَّةِ المَيِّتِ كَمَا كَانَ ، ويَتَعَلَّقُ بعَيْنِ مالِه ، كَتَعَلُّق حُقُوقِ الغُرَماء بمال المُفْلِس عندَ الحَجْرِ عليه . فإن أَحَبُّ الوَرَثَةُ الْتِزامَ أَداءِ الدَّيْنِ ، ويَتَصَرَّفُونَ في المالِ ، لم يكُنْ لهم ذلك ، إلَّا أن

بالانتِقالِ ، يتَعَلَّقُ حقُّ الغُرَماءِ بها جَمِيعِها ، وإنْ لم يَسْتَغْرِقْها الدَّيْنُ . صرَّح به في « التَّرْغِيبِ » . وهل تعَلُّقُ حقِّهم بها تعَلُّقُ رَهْنِ ، أو جِنايَةٍ ؟ فيه خِلافٌ . قال في « القَواعِدِ » : صرَّح الأكثرون ، أنَّه كَتَعَلُّقِ الرَّهْنِ ، ويُفَسَّرُ بثَلاثَةِ أَشْياءَ . وقال ف « الفَوائلهِ » : يتَحَرَّرُ الخِلافُ بتَحْريرِ مَسائلَ ؛ إحْداها ، هل يتَعَلَّقُ جميعُ الدَّيْنِ بالتَّرِكَةِ ، وبكُلِّ جُزْءِ مِن أَجْزائها ، أم يَتقَسَّطُ ؟ صرَّح القاضي في ﴿ خِلافهِ ﴾ بالأُوَّلِ ، إِنْ كَانَ الوارِثُ واحِدًا ، وإِنْ كَانَ مُتَعَدِّدًا ، انْقَسَمَ عَلَى قَدْر حُقوقِهم ، وتعَلَّقَ بحِصَّةِ كُلِّ وارِثٍ منهم قِسْطُها مِنَ الدَّيْن ، وبكُلِّ جُزْءِ منها ، كالعَبْدِ المُشْتَر كِ إذارهَنَه الشُّرِيكان بدَيْن عليهما . والثَّانيةُ ، هل يَمْنَعُ هذا التَّعَلُّقُ مِن نُفُوذِ التَّصَرُّفِ ؟ سيَأْتِي ذلك في فَوائدِ الرِّوايتَيْن . والثَّالِئَةُ ، هل يتعَلَّقُ الدَّيْنُ بعَيْنِ التَّركَةِ مع الذِّمَّةِ ؟ فيه ثَلاثَةُ أُوجُهٍ . وقال في مَوْضِع ٟ آخَرَ : هل الدَّيْنُ باقٍ في ذِمَّةِ المَيِّتِ ، أوِ انْتَقَلَ إلى ذِمَم ِ الوَرَثَةِ ، أو هو مُتَعلِّقٌ بأعْيانِ التَّرِكَةِ ، لاغيرُ؟ فيه ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدُها، يَنْتَقِلُ إلى ذِمَم الوَرَثَة . قالَه القاضي في ﴿ خِلافِه ﴾ ، وأبو الخَطَّاب في ﴿ انْتِصاره ﴾ ، وابنُ عَقِيلٍ . وقيَّده القاضي في « المُجَرَّدِ » بالمُوِّجُلِ . قال في « الفُروعِ » : وفى « الانْتِصارِ » ، الصَّحيحُ ، أنَّه فى ذِمَّةِ المَيِّتِ فى التَّرِكَةِ . انتهى . ومنهم مَن حصُّه بالقَوْلِ بانْتِقالِ التَّرِكَةِ إليهم . والوَجْهُ الثَّانِي ، هو باقٍ في ذِمَّةِ المَيِّتِ . ذكرَه القاضي أيضًا ، والآمِدِئُ ، وابنُ عَقِيلٍ في ﴿ فُنُونِهِ ﴾ ، والمُصَنِّفُ في ﴿ المُعْنِي ﴾ . وهو ظاهِرُ كلام ِ الأصحابِ في ضَمانِ دَيْنِ المَيِّتِ . والوَّجْهُ الثَّالِثُ ، يتَعَلَّقُ بأعْيانِ

المقنع

الشرح الكبير

يَرْضَى الغَرِيمُ ، أُو يُوَثِّقُوا الحَقُّ بضَمِين مَلِيءٍ ، أُو رَهْن يَثِقُ به لوَفاءِ حَقَّه ، فإنَّهم قد لا يَكُونُون أَمْلِياءَ ، و لم يَرْضَ بهم الغَرِيمُ ، فيُؤَّدِّي إلى فَواتِ الحَقِّ . وذَكَر القاضي أنَّ الحَقَّ يَنْتَقِلُ إلى ذِمَم ِ الوَرَثَةِ بِمَوْتِ مَوْرُوثِهم مِن غيرِ أَنْ يُشْتَرَطَ الْتِزامُهم له . ولا يَنْبَغِي [١١٦/٤و] أَنْ يَلْزَمَ الإِنْسانَ دَيْنٌ لا

التَّركَةِ فقط . قالَه ابنُ أبِي مُوسى . ورُدَّ بلُزوم ِ بَراءَةِ ذِمَّةِ المَيِّتِ فيها بالتَّلَفِ . ويأتِي الإنصاف هذا أيضًا في بابِ القِسْمَةِ . إذا عُرِفَ هذا ، فللخِلافِ في أَصْلِ المَسْأَلَةِ – وهو كَوْنُ الدَّيْنِ يَمْنَعُ الانْتِقالَ أم لا ؟ فَوائِدُ كثيرةً . ذكرَها ابنُ رَجَبِ في ﴿ الفَوائدِ ﴾ مِن ﴿ قَواعِدِه ﴾ ؟ منها ، نُفُوذُ تصَرُّف الوَرَثَة فيها ببَيْع أو غيرِه مِنَ العُقود . فعلى الثَّانيةِ ، لا إشْكالَ في عدَم النُّفوذِ . وعلى المذهبِ ، قيلَ : لا يَنْفُذُ . قالَه القاضي ف « المُجَرُّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، في بابِ الشُّرِكَةِ مِن « كِتابَيْهما » . وحمَل القاضي في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ رِوايَةَ ابنِ مَنْصُورِ على هذا . وقيلَ : يَنْفُذُ . قالَه القاضي ، وابنُ عَقِيل ، في الرَّهْن والقِسْمَةِ ، وجعَلاه المذهبَ . قال في « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والخَمْسِين ﴾ : أصحُّ الوَجْهَيْن ، صِحَّةُ تصَرُّفِهم . انتهى . وإنَّما يجوزُ لهم التَّصَرُّفُ بشُرْطِ الضَّمانِ . قالَه القاضى . قال : ومتى خَلَّى الوَرَثَةُ بينَ التَّرِكَةِ وبينَ الغُرَماءِ ، سَقَطَتْ مُطالَبَتُهم بالدُّيونِ ، ونصَّبَ الحاكِمُ مَن يُوَفِّيهم منها ، و لم يَمْلِكُها الغُرَماءُ بذلك . وهذا يدُلُّ على أنَّهم إذا تصَرَّفُوا فيها ، طُولِبوا بالدُّيونِ كلِّها . وفي « الكافِي » ، إنَّما يَضْمَنُونِ الأَقَلُّ مِن قِيمَةِ التَّركَةِ أو الدَّيْنِ . وعلى الأوَّل ، يَنْفُذُ العِتْقُ خاصَّةً ، كعِتْقِ الرَّاهِنِ . ذكَرَه في « الأنتِصارِ »(١) . وحكَى القاضي في « المُجَرَّدِ » ، في بابِ العِتْقِ ، في نُفوذِ العِتْقِ مع عدَمِ العِلْمِ ، وَجْهَيْن ، وأَنَّه' ٢)

⁽١) آخر السقط.

⁽٢) في الأصل ، ط: ﴿ لأنه ﴾ .

الشرح الكبير ٪ يُلْتَزِمُه ، و لم يَتَعاطَ سَبَبَه ، ولو لَزِمَهم ذلك لمَوْتِ مَوْرُوثِهم للَزِمَهم وإن لم يُخَلِّفْ وَفاءً . فإن قُلْنا : إِنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بالمَوْتِ . فأحَبُّ الوَرَثَةُ القَضاءَ مِن غيرِ التَّرِكَةِ ، فلهم ذلك ، وإنِ اخْتارُوا القَضاءَ منها ، فلهم ذلك ، وإنِ امْتَنَعُوا مِن القَضاءِ ، باع الحاكِمُ مِن التَّركةِ ما يُقْضَى به الدَّيْنُ . وإن مات

لاَ يَنْفُذُ مع العِلْمِ . وجعَل المُصَنِّفُ في ﴿ الكَافِي ﴾ مأْخَذَهما ، أنَّ حُقوقَ الغُرَماء المُتعَلِّقَةَ بِالتَّرِكَةِ ، هل يَمْلِكُ الورَثَةُ إِسْقاطَها بالْتِزامِهم الأداءَ مِن عندِهم ، أم لا ؟ و في ﴿ النَّظَرِيَّاتِ ﴾ لابن عَقِيل : عِثْقُ الوَرَثَةِ يَنْفُذُ مع يَسارهم ، دُونَ إعْسارهم ؟ اعْتِبارًا بعِنْقِ مَوْرُوثِهم في مَرَضِه . [١٤٠/٢] وهل يصِحُّ رَهْنُ التَّر كَةِ عندَ الغُرَماء ؟ قال القاضي في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ : لا يصِحُّ . ومنها ، نَماءُ التَّركَةِ . فعلى الثَّانيةِ ، يتَعَلَّقُ حتُّ الغُرَماءِ به أيضًا . وعلى المذهب ، فيه وَجْهان ؛ هل يتَعَلُّقُ حتُّ الغُرَماءِ بالنَّماءِ ، أم لا ؟ وأَطْلَقَهما في « القواعِدِ » . وقال في « القاعِدةِ الثَّانيةِ والثَّمانِين » : إنْ قيلَ : إِنَّ التَّرِكَةَ باقِيَةٌ على خُكْم مِلْكِ المَيِّتِ. تَعَلَّقَ حَقُّ الغُرَماءِ بالنَّماء ، كالمَرْهُونِ. ذَكَرَه القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ . ويَنْبَغِي أَنْ يُقال : إِنْ قُلْنا : تَعَلَّقُ الدَّيْنِ بِالتَّركَةِ تَعَلَّقُ رَهْنِ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فيه . فالأَمْرُ كذلك . وإِنْ قُلْنا : تَعَلَّقُ جِنايَةٍ لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ . فلا يتَعَلَّقُ بالنَّماء . وأمَّا إنْ قُلْنا : لا تَثْتَقِلُ التَّرِكَةُ إلى الوَرَثَةِ بمُجَرَّدِ المَوْتِ . لم تَتَعَلَّقْ خُقُوقُ الغُرَماء بالنَّماء . ذكَرَه القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ . وحرَّج الآمِدِئ ، وصاحِبُ (المُغْنِي) ، تعَلُّقَ الحَقِّ بالنَّماء مع الأنتِقالِ أيضًا ، كتَعَلَّقِ الرَّهْنِ . وقد يْنْبَنِي ذلك مِن أَصْلِ آخَرَ ، وهو أنَّ الدَّيْنَ هل هو باقرٍ في ذِمَّةِ المَيِّتِ ، أوِ انْتَقَلَ إلى ذِمَّةِ الوَرَثَةِ ، أو هُو مُتَعَلِّقٌ بأعْيانِ التَّرِكَةِ لا غيرُ ؟ وفيه ثَلاثَةُ أُوجُهٍ . وقد تقَدَّمَتْ قبلَ الفَوائدِ . قال : فعلى القَوْلِ الثَّالِثِ ، يتَوَجَّهُ أَنْ لا تتَعَلَّقَ الحُقوقُ بالنَّماء ؛ إذ هو كَتَعَلُّقِ الجِنايَةِ . وعلى الأَوُّلَيْن ، يَتَوَجَّهُ تَعَلُّقُها بالنَّماءِ ، كالرَّهْنِ . ومنها ، لو

المقنع

الشرح الكبير

مُفْلِسٌ وله غُرَماءُ بعضُ دُيُونِهم مُؤَجَّلَةٌ ، وقُلْنا : يَحِلُّ المُؤَجَّلُ بالمَوْتِ . اقْتَسَمُوا التَّرِكَةَ على قَدْرِ دُيُونِهم . وإنْ قُلْنا : لا يَحِلُّ . ('فإن وَثَّقَ') الوَرَثَةُ لصاحِبِ المُؤَجُّلِ ، اخْتَصَّ أَصْحَابُ الحَالِّ بالتَّركَةِ ، وإنِ امْتَنَع الوَرَثَةُ مِن التَّوْثِيقِ ، حَلَّ دَيْنُه ، وشارَكَ أَصْحابَ الحالِّ ؛ لئَّلا يُفْضِيَ إلى إسْقاطِ دَيْنِه بالكُلُّيَّةِ .

ماتَ وعليه دَيْنٌ ، وله مالٌ زَكُوئٌ ، فهل تَبْتَدِئُ الوَرَثَةُ حوْلَ الزَّكَاةِ مِن حينِ ﴿ الإنصاف المَوْتِ ، أم لا ؟ فعلى الثَّانيةِ ، لا إشْكالَ في أنَّه لاتَجْرِي في حَوْلِه حتى تَنْتَقِلَ إليه . وعلى المذهب ، يُننَى على أنَّ الدَّيْنَ ؛ هل هو مَضْمُونٌ في ذِمَّةِ الوارِثِ ، أم هو في ذِمَّةِ المَيِّتِ خاصَّةً ؟ فإنْ قُلْنا : هو فى ذِمَّةِ الوارِثِ . وكان ممَّا يَمْنَعُ الزَّكاةَ ، انْبَنَى على الدَّيْنِ المَانِعِ ؛ هل يَمْنَعُ انْعِقادَ الحَوْلِ في ابتدائِه ، أو يَمْنَعُ الوُجوبَ في انْتِهائِه خاصَّةً ؟ فيه رِوايَتان . ذكَرَهما المَجْدُ في ﴿ شَرْحِه ﴾ . والمذهبُ أنَّه يَمْنَعُ الانْعِقادَ ، فَيَمْتَنِعُ انْعِقَادُ الحَوْلِ على مِقْدارِ الدَّيْنِ مِنَ المالِ . وإِنْ قُلْنا : إِنَّما يَمْنَعُ وُجوبَ الزَّكاةِ في آخِرِ الحَوْلِ . منَع الوُجوبَ هنا آخِرَ الحَوْلِ ، في قَدْرِه أيضًا . وإنْ قُلْنا : ليس في ذِمَّةِ الوارِثِ شيءٌ . فظاهِرُ كلام أصحابنا ، أنَّ تعَلُّقَ الدَّيْنِ بالمالِ مانِعٌ . ومنها ، لو كان له شَجَرٌ ، وعليه دَيْنٌ ، فماتَ ، فهنا صُورَتان ؛ إحْداهما ، أَنْ يمُوتَ قبلَ أَنْ يُثْمِرَ ، ثم يُثْمِرَ قبلَ الوَفاءِ ؛ فَيَنْبَنِي على أَنَّ الدَّيْنَ ، هل يتَعَلَّقُ بالنَّماءِ ؟ فإنْ قُلْنا : يَتَعَلَّقُ به . خُرِّجَ على البخِلافِ في مَنْعِ ِ الدَّيْنِ ِ الزَّكَاةُ في الأموالِ الظَّاهِرَةِ ، على ما تَقَدَّمَ . وإِنْ قُلْنَا : لَا يَتَعَلَّقُ بِه . فالزَّكَاةُ على الوارِثِ . وهذا كلُّه بِناءً على القَوْلِ بانْتِقالِ المِلْكِ إليه . أمَّا إِنْ قُلْنا : لا يَنْتَقِلُ المِلْكُ . فلا زَكاةَ عليه ، إلَّا أَنْ يَنْفَكَّ التَّعَلُّقُ قبلَ بُدُوِّ الصَّلاحِ . الصُّورَةُ التَّانيةُ ، أَنْ يموتَ بعدَ ما أَثْمَرَتْ ، فيتَعَلَّقَ الدَّيْنُ بالشَّمَرَةِ .

⁽۱ - ۱) في م : « فأوثق » .

الشرح الكبير

فصل : ذكَر بعضُ أَصْحابِنَا في مَن مات وعليه دَيْنٌ ، هل يَمْنَعُ الدَّيْنُ نَقْلَ التَّرِكَةِ إلى الوَرَثَةِ ؟ رِوَايَتَيْن ؛ إحْداهما ، لا يَمْنَعُه ؛ للخَبَرِ المَذْكُورِ ، ولأنَّ تَعَلَّقَ الدَّيْنِ بِالمَالِ لا يُزِيلُ المِلْكَ في العَبْدِ الجانِي والرَّهْنِ والمُفْلِسِ

الإنصاف ثم إنْ كانَ موْتُه بعدَ وَقْتِ الوُّجوبِ ، فقد وجَبَتْ عليه الزَّكاةُ ، إِلَّا أَنْ نقولَ : إِنَّ الدُّيْنَ يَمْنَعُ الزَّكَاةَ في المالِ الظَّاهِرِ . وإنْ كان قبلَ الوُجوبِ ، فإنْ قُلْنا : تَنْتَقِلُ التَّركَةُ إلى الوَرَثَةِ مع الدَّيْنِ . فالحُكْمُ كذلك . وإنْ قُلْنا : لا تَنْتَقِلُ . فلا زَكاةَ عليهم . وهذه المَسْأَلَةُ تدُلُّ على أنَّ النَّماءَ المُنْفَصِلَ يتَعَلَّقُ به حقُّ الغُرَماء ، بلا خِلافٍ . وقال في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ : وإنْ ماتَ بعدَ أَنْ أَثْمَرَتْ ، تعَلَّقَ بها الدَّيْنُ ، ثم إنْ كان بعدَ وَقْتِ الوُجوبِ ، ففي الزَّكاةِ روايَتان . وكذا إنْ كان قبلَه ، وقُلْنا : تَنْتَقِلُ التَّركَةُ مع الدُّيْنِ . وإلَّا فلازَكاةَ . انتهى . وكذا قال ابنُ تَمِيمٍ ، وابنُ حَمْدانَ ، في باب زَكاةِ الزُّروع ِ والثِّمارِ . ومنها ، لو ماتَ ، وله عَبيدٌ ، وله دَيْنٌ ، وأهَلَّ هِلالُ الفِطْرِ . فعلى المذهب ، فِطْرَتُهم على الوَرَثَةِ . وعلى الثَّانيةِ ، لا فِطْرَةَ لهم على أَحَدٍ . ومنها ، لو كانتِ التَّركَةُ حَيوانًا . فعلى المذهب ، النَّفَقَةُ عليهم . وعلى الثَّانيَةِ ، مِنَ التَّركَةِ كَمُؤْنَةٍ . وكذلك مُؤْنَةُ المالِ ؛ كأُجْرَةِ المَخْزَنِ ونحوهِ . ومنها ، لو ماتَ المَدِينُ وله شِقْصٌ ، فباعَ شَرِيكُه نَصِيبَه (١) قبلَ الوَفاءِ ، فعلى المذهبِ ، لهم الأُخذُ بالشُّفْعَةِ . وعلى الثَّانيَةِ ، لا . ولو كان الوارِثُ شَرِيكَ المَوْرُوثِ ، وبِيعَ نَصِيبُ المَوْرُوثِ فِي دَيْنِهِ ، فعلى المذهب ، لا شُفْعَةَ للوارثِ . وعلى الثَّانيةِ ، له الشَّفْعَةُ . ومنها ، لو وَطِئَ الوارِثُ الجارِيَةَ المَوْرُوثَةَ – والدَّيْنُ يَسْتَغْرِقُ التَّرِكَةَ – فأوْلَدَها ، فعلى المذهب ، لاحَدُّ ، ويَلْزَمُه قِيمَتُها . وعلى الثَّانيةِ ، لاحَدَّ أيضًا ؛ لشُّبْهَةِ المِلْكِ ،

⁽١) في الأصل ، ط: (نصفه) .

المقنع

فلم يَمْنَعْ نَقْلَه . فعلى هذا ، إن تَصَرَّفَ الوَرَثَةُ فى التَّركَةِ ببيع ٍ أو غيره ، الشرح الكبير صَحَّ تَصَرُّفَهم ، ولَزمَهم أداءُ الدَّيْن ، فإن تَعَذَّرَ وَفاؤُه ، فُسِخ تَصَرُّفُهم(') ، كما لو باع السَّيِّدُ عَبْدَه الجانِييَ . والثانيةُ ، يَمْنَعُ نَقْلَ التَّركَةِ إليهم ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بَهَآ أَوْ دَيْنِ ﴾ (٢)

وعليه قِيمَتُها ومَهْرُها . ذكَرَه في « الانْتِصارِ » . ففائدَةُ الخِلافِ حِينَئذٍ في المَهْرِ . الإنصاف ومنها ، لو تَزوَّجَ الابنُ أَمَةَ أَبِيه (٢) ، ثم قال : إنْ ماتَ أبي ، فأنْتِ طالِقٌ . وقال أَبُوه : إِنْ مِتُّ ، فأنْتِ حُرَّةٌ . ثم ماتَ وعليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ التَرِكَةَ ، لم تَعْتِقْ . وهل يقَعُ الطَّلاقُ ؟ قال القاضي في « المُجَرَّدِ » : يقَعُ . وقال [١٤٠/٢] ابنُ عَقِيل : لا يقَعُ . فقُوْلُ ابن عَقِيلٍ مَبْنِيٌّ على المذهب ، وقَوْلُ القاضي مَبْنِيٌّ على الثَّانيَةِ . وكذلك إذا لم يُدَبِّرُها الأبُ سَواءً . وقيل : يقَعُ الطَّلاقُ على المذهب أيضًا . ومنها ، لو أقرَّ لشَخْص ، فقال : له في مِيراثِه أَلَفٌ . فالمَشْهورُ ، أنَّه مُتَناقِضٌ في إقْراره . وقال في « التَّلْخيص » : يَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَه ؛ إِذِ المَشْهورُ عندَنا ، أَنَّ الدَّيْنَ لا يَمْنَعُ المِيراثَ ، فهو كما لو قالَ : له في التَّركةِ أَلْفٌ . فإنَّه إقرارٌ صحيحٌ . وعلى هذا ، إِذَا قُلْنَا : يَمْنَعُ الدَّيْنُ المِيراثَ . كان مُناقِضًا ، بغيرِ خِلافٍ . ومنها ، لو ماتَ وترَك ابْنَيْن وأَلْفَ دِرْهَم ِ ، وعليه أَلْفُ دِرْهَم ِ دَيْنًا ، ثم ماتَ أحدُ الابْنَيْن ، وترَك ابنًا ،

⁽١) في الأصل : « تصرفه » .

⁽٢) سورة النساء ١١ .

⁽٣) في الأصل ، ط: « ابنه » .

⁽٤ - ٤)في الأصل ، ط: ﴿ الابن ﴾ .

الشرح الكبير فَجَعَلَ التَّرِكَةَ للوارِثِ بعدَ الدَّيْنِ والوَصِيَّةِ ، فلا يَثْبُتُ لهم المِلْكُ قبلَهما . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الوَرَثَةِ ؛ لأنَّهم تَصَرَّفُوا في غير مِلْكِهم ، إلَّا أَنْ يَأْذَنَ لهم الغُرَماءُ ، وإن تَصَرَّفَ الغُرَماءُ ، لم يَصِحُّ إلَّا بإِذْنِ الوَرَثَةِ .

بمِيراثِه عن أبِيه (١) ، وذكَرَه في مَوْضِع إجْماعًا ، وعلَّلَه في مَوْضِع بأنَّ التَّركَةَ تُنْتَقِلُ مع الدَّيْنِ ، فانْتَقَلَ مِيراتُ الابن إلى ابنِه . ويُفْهَمُ مِن هذا ، أنَّه على الثَّانيةِ ، يَخْتَصُّ به وَلَدُ الصُّلْبِ ؛ لأنَّه هو الباقِي^(٢) مِنَ الوَرَثَةِ . ومنها ، رُجوعُ بائع ِ المُفْلِسِ في عَيْنِ مالِه بعدَ مَوْتِ المُفْلِسِ . ويَحْتَمِلُ بِناؤُه على هذا الخِلافِ ؟ فإنْ قُلْنا : يَنْتَقِلُ . امْتنَعَرُجوعُه . وإنْ قُلْنا : لايَنْتَقِلُ . رجَع ، ولاسِيَّما والحَقُّ هنا مُتَعَلِّقٌ في الحَياةِ تعَلُّقًا مُتَأَكَّدًا . ومنها ، ما نُقِلَ عن الإمامِ أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن رَجُلِ ماتَ ، وخلَّفَ أَلْفَ دِرْهَم ِ ، وعليه أَلْفَا دِرْهم ٍ ، وليس له وارِثٌ غيرُ ابنِه ، فقال ابنُه لغُرَمائِه : اتْرُكُوا هذه الأَلْفَ بيَدِي ، وأخِّرُونِي في خُقُوقكِم ثَلاثَ سِنِين ، حتى أُوَفِّيَكُم جميعَ حُقُوقِكُم . قال : إذا كانُوا اسْتَحَقُّوا قَبْضَ هذه الألْفِ ، وإنَّما يُؤِّخُرُونه ليُوَفِّيَهِم لأَجَل ، فترَكُوها في يدّيه ، فهذا لاخَيْرَ له فيه ، إلَّا أَنْ يَقْبضُوا الألْفَ منه ، ويُؤِّخُرُونه في الباقِي ما شاءُوا . قال في « القَواعِدِ » : قال بعضُ شُيوخِنا : تُخَرُّجُ هذه الرِّوايَةُ على القَوْلِ بأنَّ التَّرِكَةَ لا تَنْتَقِلُ . قال : وإنْ قُلْنا : تَنْتَقِلُ . جازَ . وهو أَثْيَسُ بالمذهب ، وعلَّلَه في « القواعِدِ » . ومنها ، ولايَةُ المُطالَبَةِ بالتَّركة إذا كانتْ دَيْنًا ونحوَه . فنَصَّ أحمدُ في وَدِيعَةٍ ، لا يَدْفَعُها إِلَّا إلى الغُرَماء والوَرَثَةِ جميعًا . وهو يدُلُّ على أنَّ للغُرَماءِ وِلاَيةَ المُطالَبةِ والرُّجوعِ على المُودَعِ إذا سلَّم الوَدِيعَةَ إلى الوَرَثَةِ . وحمله القاضى على الاحتِياطِ . قال في « القواعِدِ » : وظاهِرُ كلامِه ،

⁽١) في الأصل: « ابنه » ، وط: « ابنيه » .

⁽٢) في الأصل ، ط: « الثاني » .

وَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ بَعْدَ قَسْمِ مَالِهِ ١١٧٦٤ رَجَعَ عَلَى الْغُرَمَاءِ المَنع بِقِسْطِهِ .

الغُرَماءِ بقِسْطِه) وبهذا قال الشافعيُّ . وحُكِي عن مالِك ٍ . وحُكِي عنه : الغُرَماءِ بقِسْطِه) وبهذا قال الشافعيُّ . وحُكِي عن مالِك ٍ . وحُكِي عنه : لا يُحاصُّهم ؛ لأنَّه نَقْضٌ لحُكُم الحاكِم . ولَنا ، أنَّه غَرِيمٌ يُقاسِمُهم لو كان حاضِرًا ، فإذا ظَهَر بعدَ ذلك قَاسَمَهم ، كغَرِيم المَيِّتِ يَظْهَرُ بعدَ قَسْم مالِه ، وليس قَسْمُ الحاكِم مالَه حُكْمًا ، إنَّما هو قِسْمَةٌ بان الخَطَأُ قَسْم مالِه ، وليس قَسْمُ الحاكِم مالَه حُكْمًا ، إنَّما هو قِسْمَةٌ بان الخَطَأُ فيها ، فأشْبَهَ ما لو قَسَم أَرْضًا بينَ شُرَكاءَ ، ثم ظَهَر شَرِيكٌ آخَرُ ، أو قَسَم المِيراثَ ، ثم ظَهَر وارثٌ سِواه .

فصل : ولو أَفْلَسَ وله دارٌ مُسْتَأْجَرَةٌ ، فانْهَدَمَتْ بعدَ قَبْضِ المُفْلِسِ المُفْلِسِ اللَّجْرَةَ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ فيما بَقِيَ مِن المُدَّةِ ، وسَقَط مِن الأُجْرَةِ بقَدْرِ

إِنْ قُلْنا : التَّرِكَةُ مِلْكٌ لهم . فلهم وِلآيَةُ الطَّلَبِ والقَبْضِ . وإِنْ قُلْنا : ليستْ مِلْكًا الإنصاف لهم . فليس لهم الاستِقْلالُ بذلك . وقال المَجْدُ : عندِى أَنَّ النَّصَّ على ظاهِرِه ؛ لأنَّ الوَرَثَةَ والغُرَماءَ تتَعَلَّقُ حُقوقُهم بالتَّرِكَةِ ؛ كالرَّهْنِ والجانِي ، فلا يجوزُ الدَّفْعُ إلى بعضِهم . انْتَهى الكلامُ على الفَوائدِ مُلَخَّصًا .

قوله: وإنْ ظَهَر غَرِيمٌ بعدَ قَسْمِ مالِه ، رجَع على الغُرَماءِ بقِسْطِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . لكِنْ قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذه قِسْمَةٌ بانَ الخَطَأُ (١) فيها ، فأشْبَهَ ما لو قسَم أَرْضًا أو مِيراثًا بينَ شُرَكاءَ ، ثم ظَهَر شَرِيكٌ آخَرُ ، أو (٢)

الشرح الكبير

⁽١) في الأصل: ﴿ الخلط ﴾ ، وفي ط: ﴿ الخلطاء » .

⁽٢) في الأصل ، ط : ﴿ و ٩ .

الشرح الكبير ذلك ، ثم إن و جَد عَيْنَ مالِه ، أَخَذَ منه بقَدْر ذلك ، وإن لم يَجدُه ، ضَرَب مع الغُرَماءِ بقَدْرِه . وإن كان ذلك بعدَ قَسْمِ مالِه ، رَجَع على الغُرَماءِ بحِصَّتِه ؛ لأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِه قبلَ الحَجْر ، وكذلك(١) يُشاركُهم إذا وَجَبِ قَبَلَ القِسْمَةِ . ولو باع سِلْعَةً وقَبَض ثَمَنَها ثم أَفْلَسَ ، فَوَجَدَ بها المُشْتَرِى عَيْبًا ، فرَدُّها به ، أو رَدُّها بخيارِ أو اخْتِلافٍ في الثَّمَن ونحوه ، وَوَجَد عَيْنَ مَالِه ، أُخَذَهَا ؛ لأَنَّ [١١٦/٤] البَيْعَ لَمَّا انْفَسَخَ زال مِلْكُ المُفْلِسِ عن الثَّمَنِ ، كزَوالِ مِلْكِ المُشْتَرِى عن المَبِيعِ ، وإن كان بعد تَصَرُّفِه فيه ، شارَكَ (المُشْتَرى الغُرَماءَ) .

الإنصاف وارِثٌ آخَرُ . قال الأَزَجِيُّ : فلو كان له أَلْفٌ ، اقْتَسمَها غرِيماه نِصْفَيْنِ ، ثم ظهَر ثَالِثٌ دَيْنُه كَدَيْنِ أَحَدِهِما ، رَجَع على كلِّ واحدٍ بثُلُثِ مَا قَبَضَه مِن غيرِ زِيادَةٍ . وأَصْلُ هَذَا ، مَا لُو أَقَرَّ أَحَدُ الوارِثَيْنِ بُوارِثٍ ؛ فَإِنَّه يَأْخُذُ مَا فِي يَدِه إِذَا كان ابنًا ، وهما ابنان . قال في « الفَروع ِ » : كذا قال . وهو كما قال في الثَّانيَة ِ ، بل هو خَطأً ُ فيها . قال في « الفُروعِ » : فظاهِرُ كلامِهم ، يَرْجِعُ على مَن أَتْلُفَ ما قَبَضَه بحِصَّتِه . ثم قال : ويتَوَجَّهُ كَمَفْقُودٍ رجَع بعدَ قِسْمَةٍ وتَلَفٍ . وفي فَتاوَى المُصَنِّفِ ، لو وصَل مالُ الغائب ، فأقامَ رجُلُّ بَيِّنَةً أنَّ له عليه دَيْنًا ، وأقامَ آخَرُ بَيِّنَةً أنَّ له عليه دَيْنًا أيضًا ، فقال : إِنْ طَالَبًا جَمِيعًا ، اشْتَرَكا ، وإِنْ طَالَبَ أَحَدُهما ، اخْتَصَّ به لاختِصاصِه بما يُوجِبُ التَّسْلِيمَ ، وعدَم تعَلُّق الدَّيْنِ بمالِه . قال في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ : ومُرادُه ، ولم يُطالِبْ أَصْلًا ، وإلَّا شارَكَه ما لم يَقْبِضُه .

⁽١) في الأصل ، ر ، م : « لذلك » .

٢ - ٢) في الأصل : « المشترك » .

وَإِنْ بَقِيَتْ عَلَى الْمُفْلِس بَقِيَّةٌ ، وَلَهُ صَنْعَةٌ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى إِيجَارِ اللَّهَ نَفْسِهِ لِقَضَائِهَا ؟ عَلَى رَوَايَتَيْن .

• ١٩٣٠ – مسألة : ﴿ وَإِنْ بَقِيَتْ عَلَى المُفْلِسِ بَقِيَّةٌ ، وَلَهُ صَنْعَةٌ ، فَهِلَ الشرح الكبير يُجْبَرُ على إيجارِ نَفْسِه لقَضائِها ؟ على رِوايَتَيْن ﴾ إحْداهُما ، لا يُجْبَرُ . وهو قُولُ مَالِكٍ ، والشَّافِعِيِّ ؛ لَقَوْلِ الله ِتعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾(١). ولِما روَى أبو سعيدٍ، أنَّ رجلًا أَصِيبَ في ثِمارٍ ابْتَاعَها، فَكُثُرَ دَيْنُه، فقال النبيُّ عَلِيلِيُّه: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ». فتَصَدَّقُوا عليه، فلم يَبْلُغْ وَفاءَ دَيْنِه ، فقال النبيُّ عَيَلِيُّهُ : « خُذُواْ مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » . رَواه مسلمٌ (٢) . ولأنَّه تَكَسُّبُ للمالِ ، فلم يُجْبَرُ عليه ، كَقَبُولِ الهِبَةِ

قوله : وإنْ بَقِيَ على المُفْلِسِ بَقِيَّةٌ وله صَنْعَةٌ ، فهل يُجبَرُ على إيجارِ نَفْسِه الإنصاف لقَضائِها ؟ على رِوايتَيْن . وأَطْلَقَهما في « الهدايَةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِي » ، و « الشُّـرْحِ ِ » ؛ إحْداهما ، يُجْبَرُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهب . جزَم به في « الوَجيز » ، و « نَظُم المُفْرَداتِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِيِّ » . وقدَّمه في « المُحَرَّرِ » ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ ، و ﴿ الحاويْيْنِ ﴾ . وصحَّحه [٢/ ١٤١ و] في ﴿ التَّصْحيحِ ِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايَتَيْنَ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ ِ ابنِ مُنجَّى ﴾ ، و ﴿ النَّظْمِ ِ ﴾ . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، لا يُجْبَرُ . قدَّمه في « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينِ ، كَمَا لاَيْجْبَرُ عَلَى قُبُولِ الْهَدِيَّةِ والصَّدَقَةِ

⁽١) سورة البقرة ٢٨٠ .

⁽٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٧ .

الشرح الكبير ﴿ وَالصَّدَقَةِ ﴾ وكما لا تُحْبَرُ المرأةُ على التَّزْوِيجِ لتَأْخُذَ المَهْرَ . والثانيةُ ، يُحْبَرُ على الكَسْب . وهو قولُ عُمَرَ بن عبدِ العَزيزِ ، ('وسَوّارِ العَنْبَرِيِّ') ، وإسحاقَ ؛ لِما رُوىَ أَنَّ النبيَّ عَيْضَةٍ باع سُرَّقًا(٢) في دَيْنِه ، وكان سُرَّقٌ دَخُل المَدينَةَ وذَكَر أنَّ وراءَه مالًا ، قدايَنَه النَّاسُ ، فرَكِبَتْه دُيُونٌ ، و لم يَكُنْ وراءَه مالٌ ، فسَمّاه سُرَّقًا ، وباعَه بخَمْسَةِ أَبْعِرَةٍ . رَواه الدَّارَقَطْنِيُّ بِمَعْنَاه (٣) مِن رِوايَةِ ﴿ مُسْلِم بِن خَالِدٍ الزُّنْجِيِّ ۗ ، إِلَّا أَنَّ فيه كَلامًا . والحُرُّ لا يُباعُ ، ثَبَت أَنَّه باعَ مَنافِعَه . ولأنَّ المَنافِعَ تَجْرِي مَجْرَى الأَعْيَانِ في صِحَّةِ العَقْدِ عليها وتَحْرِيمٍ أَخْذِ الزكاةِ وثُبُوتِ الغِنَى بها ، فكذلك في وَفاءِ الدَّيْنِ منها . ولأنَّ الإجارَةَ عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فجاز إجْبارُه عليه ، كَبَيْع ِ مالِه . ولأنَّها إجارةٌ لِما يَمْلِكُ إجارتَه ، فيُجْبَرُ عليها

الإنصاف والقَرْضِ والهِبَةِ والوَصِيَّةِ والخُلْعِ والتَّزْوِيجِ ، حتى أُمِّ وَلَدِه ، وأُخذِ الدُّيّةِ على قَوَدٍ . وقيل : لا تَسْقُطُ دِيَتُه بعَفْوِه على غيرِ مالٍ أو مُطْلَقًا ، إِنْ قُلْنا : يجبُ بالعَمْد أحدُ شَيْئَيْن . وتقدُّم أنَّه لا يُجْبَرُ على رَدِّ مَبِيعٍ ، إذا كان فيه الأحَظُّ . قال في « التُّلْخيصِ » : هو قِياسُ المذهبِ . فعلى المذهبِ ، يَبْقَى الحَجْرُ عليه ببَقاءِ دَيْنِه إلى الوَفاء .

⁽۱ – ۱) فی ر ، ر ۱ ، ق ، م : « وسوار والعنبری » .

⁽٢) صحابي من جهينة ، يقال إن اسمه الحباب بن أسد ، شهد فتح مصر وأقام بها . مات في خلافة عثمان . الإصابة ٤٤/٣ ، ٤٥ .

⁽٣) في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٦١/٣ ، ٦٢ . كما أخرجه البيهقي بلفظه ، في : باب ما جاء في بيع الحر المفلس في دينه ، من كتاب التفليس . السنن الكبرى ٦/٥٠.

⁽٤ - ٤) في م : ﴿ خالد بن مسلم الربحي ﴾ ، وفي الأصل ، ر ، ر ١ ، ق : ﴿ خالد بن مسلم الزنجي ﴾ . والمثبت على الصواب كما في الدارقطني . وانظر : تهذيب الكمال ٢٧/٥٠ – ١٥٥ .

لوَفاء دَيْنِه ، كاجارَةِ أُمِّ وَلَدِه . فإن قِيلَ : حديثُ سُرَّقٍ مَنْسُوخٌ ؛ لأنَّ الشرح الكبير الحُرَّ لا يُباعُ ، والبَيْعُ وَقَع على رَقَبَتِه ، بدَلِيل أَنَّ في الحديثِ أَنَّ الغُرَماءَ قَالُوا لَمُشْتَرِيه : مَا تَصْنَعُ بِه ؟ قال : أَعْتِقُه . قالوا : لَسْنَا بِأَزْهَدَ مَنْكُ في إعْتاقِه . فأعْتَقُوه . قُلْنا : هذا إِثْباتُ نَسْخٍ بالاحْتِمال ، ولا يَجُوزُ ، ولم يَثْبُتْ أَنَّ بَيْعَ الحُرِّ كَانَ جائِزًا في شَرِيعَتِنا ، وحَمْلُ بَيْعِه على بَيْع ِ مَنافِعِه أَسْهَلُ مِن حَمْلِه على بَيْع رَقَبَتِه المُحَرَّم ، فإنَّ حَذْفَ المُضافِ وإقامَةَ المُضافِ إليه كَثيرٌ في القُرْآنِ ، وفي كَلام العَرَب ، كَفَوْلِه تعالى : ﴿ وَأَشْرِبُواْ فِي قُلُوبِهِمُ ٱلْعِجْلَ ﴾(١) . ﴿ وَسُئِلِ ٱلقَرْيَةَ ﴾(١) . وغير ذلك . وكذلك قَوْلُه : أَعْتِقُه . أَى من حَقِّي عليه . يَدُلُّ على ذلك قَوْلُه : فأَعْتَقُوه . يَعْنِي الغُرَماءَ ، وهم لا يَمْلِكُون إلَّا الدَّيْنَ الذي عليه . وأمَّا قَوْلُه تعالى : ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . فيُمْكِنُ مَنْعُ دُخُولِه تحتَ عُمُومِها ؟ لِما ذَكَرْنا مِن أَنَّه في حُكْم الأُغْنِياء (٣) في حِرْمانِ الزكاةِ ، وسُقُوطِ نَفَقَتِه عن قَريبه ، ووُجُوبِ نَفَقَةِ قَرِيبه عليه . وحَديثُهم قَضِيَّةُ عَيْن لا يَثْبُتُ حُكْمُها إِلَّا في مِثْلِها ،

فائدة : الصَّحيحُ مِنَ المذهب ، أنَّه يُجْبَرُ على إيجار مَوْقُوفٍ عليه ، وإيجارِ أُمِّ الإنصاف وَلَدِه ، إذا اسْتَغْنَى عنها . قال في « الفُروعِ » : ويُجْبَرُ على إيجارِ ذلك في الأصحِّ . وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْح ِ » ، و « القَواعِدِ » ، في أُمِّ الوَلَدِ . وقيل : لا يُجْبَرُ . وأطْلَقَهما في « الرِّعايَة الكُبْرَي » .

⁽١) سورة البقرة ٩٣.

⁽٢) سورة يوسف ٨٢.

⁽٣) في ق : (الإعسار ، .

الشرح الكبير ولم يَثْبُتْ أَنَّ لذلك الغَرِيم كَسْبًا يَفْضُلُ عن قدْرِ نَفَقَتِه . أمَّا قَبُولُ الهَدِيَّةِ والصَّدَقَةِ ، [١١٧/٤] فمَضَرَّةٌ تَأْباها قُلُوبُ ذَوى المُرُوءَاتِ ؛ لِما فيها مِن المِنَّةِ . فعلى هذا ، لا يُجْبَرُ على الكَسْبِ إِلَّا مَن كَسْبُه يَفْضُلُ عن نَفَقَتِه وَنَفَقَةٍ مَن تَلْزَمُه نَفَقَتُه ؛ لِما تَقَدَّمَ .

فصل : ولا يُجْبَرُ على قَبُول صَدَقَةٍ ، ولا هَدِيَّةٍ ، ولا وَصِيَّةٍ ، ولا قَرْضٍ ، ولا المَرأةُ على التَّزْويجِ ؛ ليَأْخُذَ مَهْرَها ؛ لأنَّ في ذلك ضَرَرًا ؛ للُحُوقِ (١) المِنَّةِ في الهَدِيَّةِ والصَّدَقَةِ والوَصِيَّةِ ، والعِوَضِ في القَرْضِ ، ومِلْكِ الزُّوْجِ لِلمرأةِ في النِّكاحِ ، ووُجُوبِ حُقُوقِه عليها . ولو باع بشَرْطِ الخِيارِ ، ثم أَفْلَسَ ، فالخِيارُ بحالِه ، ولا يُجْبَرُ على ما فيه الحَظُّ مِن الرَّدِّ والإِمْضاءِ ؛ لأنَّ الفَلَسَ يَمْنَعُه مِن إحْداثِ عَقْدٍ ، أمَّا مِن إمْضائِه وتَنْفِيذِ عُقُودِه فلا .

فصل : وإن جُنِيَ على المُفْلِس جنايَةٌ تُوجبُ المالَ ، ثَبَت ، وتَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الغُرَماءِ به ، ولا يَصِحُّ عَفْوُه ، فإن كانت مُوجِبَةً للقِصاصِ ، فهو مُخَيَّرٌ بينَ القِصاصِ والعَفْوِ ، ولا يُجْبَرُ على العَفْوِ على مالِ ؛ لأنَّ ذلك يُفَوِّتُ القِصاصَ الذي يَجِبُ لمَصْلَحَةِ الزجرِ . فإنِ اقْتَصَّ ، لم يَجِبْ للغُرَماءِ شيءٌ ، وإن عَفا على مالِ ، ثَبَت ، وتَعَلَّقَ به حُقُوقُ الغُرَماء . وإن عَفا مُطْلَقًا ، انْبَنَى على الرِّوايَتَيْن في مُوجَبِ العَمْدِ ، إن قُلْنا : القِصاصُ

⁽١) في ر، ر١، ق: ﴿ لِحُوفٍ ﴾ .

الشرح الكبير

خاصَّةً . لم يَثْبُتْ شيءٌ . وإن قُلْنا : أَحَدُ أَمْرَيْنِ . وَجَبَتِ (١) الدِّيَةُ ، وتَعَلَّقَتْ بها حُقُوقُ الغُرَماءِ . وإنْ عَفا على غيرِ مالِ ، وقُلنا : القِصاصُ هو الواجِبُ عَيْنًا . لم يَثْبُتْ شيءٌ . وإنْ قُلْنا : أَحَدُ الأَمْرَيْنِ . ثَبَتَتِ الدِّيَةُ ، و لم يَصِحَّ إِسْقَاطُه ؛ لأنَّ عَفْوَه عن القِصاصِ يُثْبِتُ له الدِّيَةَ ، ولا يَصِحُّ إِسْقَاطُهَا . وإن وَهَب هِبَةً بشَرْطِ الثَّواب ، ثم أَفْلَسَ ، فَبُذِل له الثَّوابُ ، لَزِمَه قَبُولُه ، ولم يكُنْ له إِسْقَاطُه ؛ لأَنَّه أَحَذَه على سَبيل العِوَض عن المَوْهُوبِ ، (فَلَزِمَه قَبُولُه) كَالثَّمَنِ فِي المبيع ِ. وليس له إسْقاطُ شيءٍ مِن ثَمَنِ مَبِيعٍ ، أو أُجْرَةٍ في (") إجارَةٍ ، ولا قَبْضُه رَدِيئًا ، ولا قَبْضُ المُسْلَم فيه دُونَ صِفاتِه ، إلَّا بإِذْنِ (١) غُرَمائِه . ومَذْهَبُ الشافعيِّ في هذا الفَصْلِ على نحو ما ذَكَرْنا .

١٩٣١ - مسألة : (ولا يَنْفَكُ عنه الحَجْرُ إِلَّا بِحُكْم حاكِم) لأنَّه ثَبَت بِحُكْمِه ، فلا يَزُولُ إِلَّا بِحُكْمِه ، كالمَحْجُورِ عليه لسَفَهٍ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّه يَزُولُ بِقِسْمَةِ مِالِه ؛ لأنَّه حُجر عليه لأَجْلِه ، فإذا زال مِلْكُه عنه ،

قوله : ولا يُنْفَكُّ عنه الحَجْرُ إِلَّا بحُكْم حاكِم . هذا المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الإنصاف الأصحابِ . قال في « الفُروعِ » : ويَفْتَقِرُ زَوالُه إلى حُكْمٍ في الأصحِّ . جزَم به في «الوَجيزِ»، و «شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى». وقدَّمه في «المُغْنِي»،

⁽١) في ر ١ ، م: « ثبتت » .

⁽٢ - ٢) سقط من: الأصل ، ر١، م.

⁽٣) سقط من : م .

⁽٤) في ر ، ق : « أن يأذن » .

الشرح الكبير زال سَبَبُ الحَجْر ، فزال الحَجْرُ ، كزَوالِ حَجْرِ المَجْنُونِ لزوال جُنُونِه . والأُوَّلُ أُوْلَى ، وفارَقَ الجُنُونَ ، فإنَّه يَثْبُتُ() بَنَفْسِه ، فزالَ بزَوالِه ، بخِلافِ هذا ، ولأنَّ فَراغَ مالِه يَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةٍ وبَحْثٍ ، فوَقَفَ ذلك على الحاكِم ، بخِلافِ الجُنُونِ .

فصل : وإذا فُكَّ الحَجْرُ عنه ، فليس لأَحَدِ مُطَالَبَتُه ، ولا مُلازَمَتُه ، حتى يَمْلِكَ مالًا ، فإن [١١٧/٤] جاء الغُرَماءُ عَقِيبَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، فادَّعَوْا أنَّ له مالًا ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ ، فإن جاءُوا بعدَ مُدَّةٍ ، فادَّعَوْاأَنَّ في يَدِهِ مالًا ، أو ادَّعَوْا ذلك عَقِيبَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، وبَيَّنُوا سَبَبَه ، أَحْضَرَه الحَاكِمُ وسَأَلَه ، فإن أَنْكَرَ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه ما فُكَّ الحَجْرُ عنه حتى لم يَبْقَ له شيءٌ ، وإن أقَرَّ ، وقال : هو لِفلانِ وأنا وَكِيلُه . أو مُضَارِبُه . وكان المُقَرُّ له حَاضِرًا ، سَأَلَه الحَاكِمُ ، فإن صَدَّقَه ، فهو له ، ويَسْتَحْلِفُه الحاكمُ ؛ لجَواز أن يكونا تَواطَآ على ذلك ؛ ليَدْفَعَ المُطالَبَةَ عن المُفْلِس . وإن لم يُصَدِّقُه عَرَفْنا كَذِبَ المُفْلِس ، فيَصِيرُ كأنَّه أقَرَّ أنَّ المَالَ له (٢) ، فيُعادُ الحَجْرُ عليه إن طَلَب الغُرَماءُ ذلك . فإن أقرَّ لغائِب ، أُقِرَّ في يَدَيْه حتى يَحْضُرَ الغائِبُ ، ثم يُسْأَلَ ، كما حَكَمْنا في الحاضِر .

الإنصاف و « الشُّرْحِ ِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، يزُولُ الحَجْرُ بقَسْمِ مالِه .

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) في الأصل : ﴿ لَنْفُسُهُ ﴾ .

فَإِذَا فَكَّ عَنْهُ الْحَجْرَ ، فَلَزِ مَتْهُ دُيُونٌ ، وَحَجَرَ عَلَيْهِ ، شَارَكَ غُرَمَاءُ الفَعَ الْفَعَ الْخَجْرِ الثَّانِي . وَإِنْ كَانَ لِلْمُفْلِسِ حَتَّ لَهُ بِهِ النَّانِي . وَإِنْ كَانَ لِلْمُفْلِسِ حَتَّ لَهُ بِهِ شَاهِدٌ ، فَأَ بَي أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِغُرَمَائِهِ أَنْ يَحْلِفُوا .

الشرح الكبر الشرح الكبر الموجّر عليه ، شارك غُرَماء الحَجْرِ الأوَّلِ غُرَماء الحَجْرِ الثانِي) وظَهَر الشرح الكبر الله مال (فحَجَرَ عليه ، شارك غُرَماء الحَجْرِ الأوَّلِ غُرَماء الحَجْرِ الثانِي) إلاّ أنَّ الأوّلِين يَضْرِبُون بِبَقِيَّةِ دُيُونِهم ، والآخَرِين يَضْرِبُون بجَمِيعِها . وبهذا قال الشافعي . وقال مالِك : لا يَدْخُلُ غُرَماء الحَجْرِ الأوَّلِ على هؤلاءِ الذِين تَجَدَّدَتْ حُقُوقُهم حتى يَسْتَوْفُوا ، إلَّا أن يكونَ له فائِدَةٌ مِن مِيراثٍ ، أو يُجْنَى عليه جنايَةٌ ، فيتحاصَّ الغُرَماء فيه . ولنا ، أنَّهم تَساوَوْا في ثُبُوتِ حُقُوقِهم في خُوقِهم في ذَمَّتِه ، فتَساوَوْا في الاسْتِحْقاقِ ، كالذين ثَبَتَتْ حُقُوقُهم في حَجْرٍ واحِدٍ ، وكتَساوِيهم في المِيراثِ وأَرْشِ الجِنايَةِ ، ولأنَّ كَسْبَه مالٌ حَجْرٍ واحِدٍ ، وكتَساوِيهم في المِيراثِ وأَرْشِ الجِنايَةِ ، ولأنَّ كَسْبَه مالٌ مَ فَتَساوَوْا فيه ، كالمِيراثِ .

1977 - مسألة : (وإن كان للمُفْلِس حَقَّ له به شاهِدٌ ، فأبَى أن يَحْلِفَ معه ، لم يَكُنْ لغُرَمائِه أن يَحْلِفُوا) المُفْلِسُ في الدَّعْوَى كغَيْرِه ، فإذا ادَّعَى حَقَّاله به شاهِدُ عَدْلٍ ، وحَلَف مع شاهِدِه ، ثَبَت المالُ ، وتَعَلَّقَتْ به حُقُوقُ الغُرَماءِ . وإنِ امْتَنَعَ لم يُجْبَرْ ؛ لأَنّنا لا نَعْلَمُ صِدْقَ الشّاهِدِ ، ولو به حُقُوقُ الغُرَماءِ . وإنِ امْتَنَعَ لم يُجْبَرْ ؛ لأَنّنا لا نَعْلَمُ صِدْقَ الشّاهِدِ ، ولو

تنبيه: يُؤْخَذُ مِن قَوْله: وإنْ كان للمُفْلِسِ حَقَّ له به شاهِدٌ ، فأَبَى أَنْ يَحْلِفَ الإنصاف معه ، لم يكنْ لغُرَمَائِه أَنْ يَحْلِفُوا . عدَمُ وُجوبِ اليَمِينِ عليه ، وهو كذلك ؛ لاحْتِمال شُبْهَةٍ .

فَصْلٌ : الْحُكْمُ الرَّابِعُ ، انْقِطَاعُ الْمُطَالَبَةِ عَنْهُ ، فَمَنْ أَقْرَضَهُ شَيْئًا ، أَوْ بَاعَهُ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَتَهُ حَتَّى يُفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ .

الشرح الكبير تُبَت الحَقُّ بشَهادَتِه لم يَحْتَجْ إلى يَمِينٍ معه ، فلا نُجْبِرُه على الكلف على ' ما لا نَعْلَمُ صِدْقَه ، كغيره . فإن قال الغُرَماءُ : نحن نَحْلِفُ مع الشَّاهِدِ . لم يكُنْ لهم ذلك . وبهذا قال الشافعيُّ في الجَدِيدِ . وقال في الْقَدِيم : يَحْلِفُون معه ؛ لأنَّ خُقُوقَهم تَعَلَّقَتْ بالمالِ ، فكان لهم أن يَحْلِفُوا ، كَالُوَرَثَةِ يَحْلِفُونَ عَلَى مَالَ مَوْرُوثِهِم . وَلَنَا ، أَنَّهُم يُثْبَتُونَ مِلْكًا لغيرهم لتَعَلَّق حُقُوقِهم به بعدَ ثُبُوتِه ، فلم يَجُزْ لهم ذلك ، كالمرأةِ تَحْلِفُ لإِثْبَاتِ مِلْكِ زَوْجِهَا ، لتَعَلَّق نَفَقَتِهَا به ، وكالوَرَثَةِ قبلَ مَوْتِ مَوْرُوثِهم . وفارَقَ ما بعدَ المَوْتِ ، فإنَّ المالَ انْتَقَلَ إليهم ، فهم يُثْبِتُون بأيْمانِهم مِلْكًا لأَنْفُسِهم .

فصل: (الحُكْمُ الرّابعُ) انْقِطاعُ المُطالَبةِ عن المُفْلِس، فمَن أَقْرَضَه شَيْئًا ، أو باعَه ، لم يَمْلِكْ مُطَالبَتَه حتى يُفَكُّ الحَجْرُ عنه) إذا تَصَرُّفَ المَحْجُورُ [١١٨/٤ و] عليه في ذِمَّتِه ، بشِراءِ أو اقْتِراضِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه أَهْلُ للتَّصَرُّفِ ، والحَجْرُ إِنَّما تَعَلَّقَ بمالِه ، وقد ذَكَرْناه . وليس للبائِع ِ ولا

الإنصاف

قوله : الحُكْمُ الرَّابِعُ ، انْقِطاعُ المُطَالَبَةِ عن ِ المُفْلِسِ ، فمَن أَقْرَضَه شيئًا ، أو باعَهَ ، لم يَمْلِكْ مُطالَبَتَه حتى يُفَكَّ الحَجْرُ عنه . هذا المذهبُ . وتقدُّم كلامُه في « المُبْهجرِ » ، في الجاهِل . وتقدُّم روايَةٌ بصِحَّة إقرارِه إذا أضافه إلى ما قبلَ الحَجْر ، عندَ قُوْلِه : وإنْ تَصَرُّفَ في ذِمَّتِه بشِراءٍ أو ضَمانٍ أو إقْرارٍ ، صحَّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ

⁽۱ - ۱) سقط من: م.

فَصْلٌ : الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لَحَظِّهِ ؛ وَهُوَ الْمَع الصَّبِيُّ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالسَّفِيهُ ،....

للمُقْرِضِ مُطالَبَتُه في حالِ الحَجْرِ ؛ لأنَّ حَقَّ الغُرَماءِ تَعَلَّقَ بعَيْن مالِه الشرح الكبير المَوْجُودِ حالَ الحَجْر ، وبما يَحْدُثُ له مِن المالِ ، فقُدِّمُوا على غيرِ هم ممَّن لْمُ يَتَعَلَّقْ حَقَّه بِعَيْنِ المالِ ، كَتَقْدِيم حَقِّ المُرْتَهِنِ بِثَمَنِ الرَّهْنِ ، وتَقْدِيم حَقِّ المَجْنِيِّ عليه بتَمَن العَبْدِ الجانِي ، فلا يُشارِكُ أَصْحَابُ هذه الدُّيُونِ الغُرَماءَ ؛ لِما ذَكَرْنا ، ولأنَّ مَن عَلِم منهم بفَلَسِه ، فقد رَضِيَ بذلك ، ومَن لم يَعْلَمْ فهو مُفَرِّطٌ . ويَتْبَعُونَه بعدَ فَكِّ الحَجْر عنه ، كما لو أقرَّ لإنسانِ بمالِ بعدَ الحَجْرِ عليه ، وفي إقْرارِه خِلافٌ ذَكَرْناه فيما مَضَى . فإن وَجَدِ البائِعُ والمُقْرِضُ أَعْيَانَ أَمْوالِهِما ، فهل لهم الرُّجُوعُ فيها ؟ على وَجْهَيْن ؛ أَحَدُهما ، لهما ذلك ؛ للخَبَرِ . والثانِي ، لا فَسْخَ لهما ؛ لأنَّهما دَخَلا على بَصِيرَةٍ بخَرابِ الذِّمَّةِ ، فأشْبَهَ مَن اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، وقد ذَكَرْنا ذلك . واللهُ أعلَمُ .

> فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : ﴿ الضَّرْبُ الثانِي ، المَحْجُورُ عليه لَحَظُّه ؛ وهو الصَّبِيُّ ، والمَجْنُونُ ، والسَّفِيهُ) الحَجْرُ على هؤلاء الثَّلاثَةِ

> > فَكِّ الحَجْرِ عنه .

الإنصاف

قوله : الطُّرْبُ الثَّانِي ، المَحْجُورُ عليه لحَظِّه ؛ وهو الصَّبيُّ ، والمَجْنونُ ، والسَّفِيهُ ، فلا يَصِحُّ تَصَرُّفُهم قبلَ الإِذْنِ . وهذا المذهبُ في الجُمْلَةِ ، وعليه الأصحابُ . وظاهِرُه أنَّ هِبَهَ الصَّبِيِّ لا تصِحُّ ، ولو كان مُمَيِّزًا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وسُئِلَ أحمدُ : متى تصِحُّ هِبَةُ الغُلامِ ؟

المنع فَلَا يَصِحُ تَصَرُّفُهُمْ قَبْلَ الْإِذْنِ . وَمَنْ دَفَعَ إِلَيْهِمْ مَالَهُ بَبْيع أَوْ قَرْضٍ، رَجَعَ فِيهِ مَا كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ تَلِفَ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ مَالِكِهِ ، عَلِمَ بالْحَجْر ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

الشرح الكبير حَجْرٌ عامٌّ ؛ لأنَّهُم يُمْنَعُون التَّصَرُّفَ في أَمُوالِهم وذِمَمِهم . والأَصْلُ في الحَجْرِ عليهم قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَلُكُمُ ٱلَّتِي جَعَلَ ٱللهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا ﴾(١) . وقَوْلُه : ﴿ وَابْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾(١) الآية . قال سعيدُ ابنُ جُبَيْرٍ، وعِكْرِمَةُ : هو مالُ اليَتيم ِعِنْدَك ، لا تُؤْتِه إيّاه ، وأَنْفِقْ عليه . وإنَّما أضاف الأمْوالَ إلى الأوْلِياءِ ، وهي لغيرِهم ؛ لأنَّهم قُوَّامُها ومُدَبِّرُوهَا(") . وقَوْلُه : ﴿ وَابْتَلُواْ ٱلْيَتَامَىٰ ﴾ . أي اخْتَبِرُوهُم في حِفْظِهم لأموالِهم .

١٩٣٤ - مسألة : (فلا يَصِحُ تَصَرُّفُهم قبلَ الإِذْنِ) لأَنَّ تَصْحِيحَ تَصَرُّفِهم يُفْضِي إلى ضَياع ِ أَمْوالِهِم ، وفيه ضَرَرٌ عليهم .

• ١٩٣٥ – مسألة : (ومَن دَفَع إليهم مالَه بَبَيْع ٍ أو قَرْض ِ رَجَعَ فيه ما كان باقِيًا) لأنَّه عَيْنُ مالِه و تَصَرُّفُهم فاسِدٌ . فإنْ أَتْلَفَه واحِدٌ منهم (فهو مِن

قال : ليس فيه اختِلافٌ إذا احْتَلَمَ ، أو يَصِيرُ ابنَ خَمْسَ عَشْرَةَ سنَةً . وذكر بعضُ الأصحابِ رِوايَةً في صِحَّةِ إِبْرائِه . فالهِبَةُ مِثْلُه . ويأْتِي ، هل تصِحُّ وَصِيَّتُه وغيرُها ،

قوله : ومَن دفع إليهم – يَعْنِي ، إلى الصَّبِيِّ ، والمَجْنونِ ، والسَّفِيهِ – مالَه

سورة النساء ٥ .

⁽٢) سورة النساء ٦.

⁽٣) في الأصل : « مديروها » .

ضَمانِ مالِكِه) وكذلك إن تَلِف في يَدِه ؛ لأنَّه سَلَّطَه عليه برضاهُ ، وسواءٌ الشرح الكبير (عَلِم بالحَجْر) على السَّفِيهِ (أو لم يَعْلَمْ) لأنَّه إن عَلِم فقد فَرَّطَ ، وإن لَم يَعْلَمْ فَهُو مُفَرِّطٌ أَيضًا ، إذ كان في مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ . هذا إذا كان صاحِبُه قد سَلَّطَه عليه ، فأمَّا إن حَصَل في يَدِه باخْتِيارِ صاحِبِه مِن غيرِ تَسْلِيطٍ ، كالوَدِيعَةِ والعاريَّةِ ، فاختارَ القاضي أنَّه يَلْزَمُه الضَّمانُ إِن أَتْلَفَه أو تَلِف بتَفْريطِه ، إن كان سَفِيهًا ؛ لأنَّه أَتْلَفَه بغير احْتِيارِ صاحِبِه ، فأشْبَهَ ما لو كان القَبْضُ بغيرِ اخْتِيارِه . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَضْمَنَ ؛ لأَنَّه عَرَّضَها لإِتْلافِه وَسَلَّطَه عليها ، فأشْبَهَ المَبيعَ .

بَيْعٍ ، أو قَرْض ، رجَع فيه ما كان باقِيًا ، وإنْ تَلِفَ ، فهو مِن ضَمانِ مالِكِه ، عَلِمَ الإنصاف بالحَجْرِ أو لم يَعْلَمْ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحاب . وجزَم به في « الوَجِيزِ » ، و « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرهـم . وقدَّمـه في « الفُروع ِ » ، وقيل : يَضْمَنُ المَجْنُونُ . وقيل : يَضْمَنُ السَّفِيهُ إذا جَهلَ أَنَّه مَحْجُورٌ عليه . واخْتَارَ في ﴿ الرِّعَايَةِ الصُّغْرِي ﴾ الضَّمَانَ مُطْلَقًا ، واخْتَارَه ابنُ عَقِيلٍ . ذَكَرَه الزُّرْكَشِيُّ . قلتُ : وهو الصُّوابُ ، كَتَصَرُّفِ العَبْدِ بغيرٍ إِذْنِ سَيِّدِه ، والفَرْقُ على المذهب عُسْرٌ .

> تنبيه : محَلُّ هذا ، إذا كان صاحِبُ المال قد سلَّطَه عليه ؛ كالبَيْع ِ والقَرْض ، ونحوِهما . قال المُصَنِّفُ : فأمَّا إنْ حصَل في أيَّدِيهم باخْتِيارِ صاحبِه مِن غيرِ تَسْليطٍ ؟ كَالُودِيعَةِ ، والعَارِيَّةِ ، ونحوِهما ، أو أعَارَ عَبِيدًا مالًا فأَتْلُفُوه ، فقيلَ : لا يَضْمَنُون

الشرح الكبير

١٩٣٦ - ‹ مسألة : (وإن جَنَوْا فعليهم أَرْشُ الجنايَـةِ) ٢ [١١٨/٤] أمَّا ما أَخَذَه بغيرِ اخْتِيارِ المالِكِ ، كالغَصْبِ والجِنَايَةِ ، فعليه ضَمانُه ؟ لأنَّه لا تَفْريطَ مِن المالِكِ . وكذلك الحُكْمُ في الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ . (وَمَذْهَبُ الشافعيِّ على ما ذَكَرْنا ٢٠ . فإنْ أَوْدَعَ عندَ الصَّبيِّ والمَجْنُونِ ، أو أعارَهما ، فلا ضَمانَ عليهما فيما تَلِف بتَفْرِيطِهما ؛ لأنَّهما لَيْسا مِن أَهْلِ الحِفْظِ . وإن أَتْلَفاه ، ففيه وَجْهانِ ، نَذْكُرُهما في الوَدِيعَةِ .

الإنصاف ذلك . وقدَّمه في « الرِّعايَةِ » ، في بابِ الوَدِيعَةِ . وهو احْتِمالٌ في « المُغْنِي » ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ . وقيل : يَضْمَنُون . اخْتارَه القاضي . وقيل : يَضْمَنُ العَبْدُ وحدَه . وقد قطَع في «الهِدايَةِ»، و «المُنْهَبِ»، و «المُسْتَوْعِب»، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُقْنِع ِ » ، و « التَّلْخيص ِ » ، وغيرهم ، بضَمانِ العَبْدِ إِذَا أَتْلُفَ الوَدِيعَةَ . وأَطْلَقَ في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، الخِلافَ في ضَمانِ الصَّبِيِّ الوَدِيعَةَ إِذَا أَتْلَفَهَا ، وكذلك أَطْلَقَه ف « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوى الصَّغِيرِ » . وقيل : يَضْمَنُ العَبْدُ ، والسَّفيهُ . وأَطْلَقَهُنُّ في « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وأَطْلَقَهُنَّ في « المُحَرَّرِ » ، في باب الوَديعَةِ . ويأْتِي ذلك في كلام المُصَنِّف ِ هناك بأُتَّمَّ مِن هذا مُحَرَّرًا .

قوله : فإنْ جَنَوْا ، فعليهم أَرْشُ الجِنايَةِ . بلانِزاعٍ . وَيَضْمَنُونَ أَيضًا ، إِذَا أَتْلَفُوا شيئًا ، لم يُدْفَعْ إليهم .

⁽۱ - ۱) سقط من : م .

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

وَمَتَى عَقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَبَلَغَ الصَّبِيُّ ، وَرَشَدَا ، انْفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُمَا اللَّهِ بِغَيْرٍ حُكْمٍ حَاكِمٍ ، وَدُفِعَ إِلَيْهِمَا مَالُهُمَا ، وَلَا يَنْفَكُّ قَبْلَ ذَلِكَ بحَالِ .

الشرح الكبير

١٩٣٧ – مسألة : ﴿ وَمَتَى عَقَلِ الْمَجْنُونُ ، وَبَلَغُ الصَّبِيُّ ، وَرَشَدَا، انْفَكَّ الحَجْرُ عنهما بغير حُكْم حاكِم ، ودُفِع إليهما مالُهما ، ولا يَنْفَكُّ قبلَ ذلك بحالِ) إذا عَقَل المَجْنُونُ ورَشَد انْفَكَّ الحَجْرُ عنه ، ولا يَحْتاجُ إلى حُكْم حاكِم ، بغير خِلافٍ ، وكذلك الصَّبيُّ إذا بَلَغ ورَشَد . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ . وقال مالِكٌ : لا يَزُولُ إِلَّا بحاكِم (') . وهو قولُ بعض أصحاب الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ اجْتِهادٍ ونَظَر ، فإنَّه يَحْتَاجُ في مَعْرِفَةِ البُّلُوغِ والرُّشْدِ إلى اجْتِهادٍ ، فيُوقَفُ ذلك على حُكْم الحاكِم ، كزوال الحَجْر عن السَّفِيهِ . ولَنا ، قَوْلُه تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَآدْفَعُوا اللَّهِم أَمْوَلُهُم اللَّهِ اللَّهِ اللَّهِ اللَّهِ اللَّهِ عندَ البُّلُوغِ وإيناس الرُّشْدِ ، فاشْتِراطُ حُكْمِ الحاكِمِ زِيادَةٌ تَمْنَعُ الدَّفْعَ عندَ وُجُودِ

قوله : ومتى عقَل المَجْنونُ ، وبلَغ الصَّبيُّ ، ورشَدا ، انْفَكَّ الحَجْرُ عنهما بغير الإنصاف حُكْم حاكِم . وهو المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه . وقيل : لاَيَنْفَكُ إِلَّا بِحُكْم حَاكِم . اخْتَارَه القاضي . وقيل : لاَ يَنْفَكُ فِي الصَّبِيِّ إِلَّا بِحُكْم حَاكِم ، ويَنْفَكُّ في غيره بمُجَرَّدِ رُشْدِه .

⁽١) في ر ١ ، م: « بحكم حاكم » .

⁽٢) سورة النساء ٦ .

الشرح الكبير ذلك ، حتى يَحْكُمَ الحاكِمُ ، وهذا مُخالِفٌ لظاهِرِ النَّصِّ ، ولأنَّه حَجْرٌ ثَبَت بغير حُكْم حاكِم ، فيَزُولُ بغير حُكْمِه ، كالحَجْرِ على المجْنُونِ ، ولأنَّ الحَجْرَ عليه إنَّما كان لعَجْزِه عن التَّصَرُّفِ في مالِه على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، حِفْظًا لمالِه عليه ، فمتى بَلَغ ورَشَد ، زال الحَجْرُ ؛ لزَوالِ سَبَبِه ، والسَّفِيهُ لنا فيه مَنْعٌ . فعلى هذا ، الحَجْرُ مُنْقَسِمٌ إلى ثَلاثَةِ أَقْسامٍ ؟ قِسْمٌ يَزُولُ بِغَيْرٍ حُكْمٍ الحاكِمِ ، وهو الحَجْرُ للجُنُونِ . وقِسْمٌ لا يَزُولُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، وهو الحَجْرُ للسَّفَهِ . وقِسْمٌ فيه الخِلافُ ، وهو الحَجْ للصِّيا().

فصل : ومتى انْفَكَّ الحَجْرُ عنهما ، دُفِع إليهما مالُهما ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَآدْفَعُوۤاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَلُهُمْ ﴾ . قال ابنُ المُنْذِرِ: اتَّفَقُوا على ذلك . ولأنَّ مَنْعَه مِن التَّصَرُّفِ إنَّما كان لعَجْزه عن التَّصَرُّفِ ، حِفْظًا لمالِه ، فإذا صار أهْلًا للتَّصَرُّفِ ، زال الحَجْرُ ؛ لزَوال

فصل : ولا يَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ ، ولا يُدْفَعُ إليه مالُه قبلَ البُلُوغِ والرُّشْدِ ، ولو صار شيخًا . وهو قولُ الأَكْتَرين . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَكْثَرُ عُلَماءِ الأَمْصارِ مِن أَهلِ العِراقِ ، والحِجازِ ، والشَّامِ ، ومِصْرَ ، يَرَوْن الحَجْرَ على كُلِّ مُضَيِّع لِللهِ ، صَغِيرًا كان أو كَبِيرًا . وبه قال القاسِمُ بنُ

⁽١) في ر ١ ، م : ﴿ على الصبي ٩ .

الشرح الكبير

محمدٍ ، ومالِكُ ، والشافعيُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وروَى الجُوزْ جانِيٌّ ، في « كِتابه » قال : كان القاسِمُ بنُ محمدٍ يَلِي أَمْرَ شيخٍ مِن قُرَيْش ذي أَهْل ومال ، فلا يَجُوزُ له أَمْرٌ في مالِه دُونَه ؛ لضَعْفِ عَقْلِه . قال ابنُ إسحاقَ : رَأْيْتُه شيخًا يَخْضِبُ ، وقد جاء إلى القاسِم بن محمدٍ ، فقال : يا أبا محمد [١١٩/٤] ادْفَعْ إلىَّ مالِي ، فإنَّه لا يُولَّى على مِثْلِي . فقال: إنَّك فاسِدٌّ. فقال: امْرَأْتُه طالِقٌ ٱلْبَتَّةَ ، وكلُّ مَمْلُوكِ له حُرٌّ ، إن لم تَدْفَعْ إِلَىَّ مالِي. فقال القاسِمُ بنُ محمدٍ: وما يَحِلُّ لَنا أَن نَدْفَعَ إِليك مالَك على حالِك هذه . فَبَعَثَ إلى امْرَأَتِه ، وقال : هي حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ ، وما كُنْتُ لأحبسَها عَلَيْكَ وقد فُهْتَ بطَلاقِها . فأرْسَلَ إليها فأخْبَرَها ذلك ، وقال : أمَّا رَقِيقُكَ فلا عِتْقَ لك ولا كَرَامَةَ . فَحَبَسَ رَقِيقَه . قال ابنُ إسحاقَ : ما كان يُعابُ على الرجل إلَّا سَفَهُه . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يُدْفَعُ مالُه إليه قبلَ خَمْس وعِشْرين سَنَةً ، وإن تَصَرَّفَ نَفَذ تَصَرُّفُه ، فإذا بَلَغ خَمْسًا وعِشْرِين سَنَةً ، فُكَّ الحَجْرُ عنه ودُفِعَ إليه مالُه ؛ لقول الله ِتعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾(١). وهذا قد بَلَغِ أَشُدَّه ، ويَصْلُحُ أَن يكونَ جَدًّا ، ولأنَّه حُرٌّ بالِغُ عاقِلٌ مُكَلَّفٌ ، فلا يُحْجَرُ عليه ، كالرَّشِيدِ . وَلَنَا ، قُولُ اللهِ تَعَالَىٰ : ﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَلُكُمْ ﴾ . أَى أَمْوالَهم . وقَوْلُه تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَآدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَلُهُمْ ﴾ . عَلَّقَ الدَّفْعَ على

الإنصاف

⁽١) سورة الأنعام ١٥٢ ، وسورة الإسراء ٣٤ .

الشرح الكبير شَرْطَيْن ، والحُكْمُ المُعَلَّقُ على شَرْطَيْن لا يَثْبُتُ بدُونِهما . وقال تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلُّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِٱلْعَدْلِ ﴾(١) . فأثْبَتَ الولايَةَ على السَّفِيهِ ، ولأنَّه مُبَذِّرٌ ، فلم يَجُزْ دَفْعُ مالِه إليه ، كمَن له دُونَ ذلك . وأمَّا الآيَةُ التي احْتَجَّ(٢) بها ، فإنَّما تَدُلُّ بِدَلِيلِ خِطابها ، وهو (الا يَقُولُ") به ، ثم هي مُخَصَّصَةٌ فيما قبلَ خَمْسٍ وعِشْرِين بالإجْماعِ ؛ لعِلَّةِ السَّفَهِ ، وهو مَوْ جُودٌ بعدَ خَمْس وعِشْرِينِ ، فَيَجِبُ أَن يُخَصُّ بِهِ أَيضًا ، كَمَا أَنُّهَا لَمَّا خُصِّصَتْ فِي حَقِّ المَجْنُونِ لَجُنُونِه فيما قبلَ خَمْس ِ وعِشْرين خُصِّصَتْ بعدَها . وما ذَكَرْنا من المَنْطُوق أوْلَى ممّا اسْتَدَلُّ به مِن المَفْهُوم المُخَصَّص . وقَوْلُه : إنّه صار يَصْلُحُ جَدًّا . لا مَعْنَى تحتَه يَقْتَضِى الحُكْمَ ، ولا له أَصْلٌ يَشْهَدُ له(١٠) في الشُّرْعِ ، فهو إثْباتُ للحُكْم بالتَّحَكُّم ، ثم هو مُتَصَوَّرٌ ممَّن له(٥) دُونَ هذا السِّنِّ ، فإنَّ المرأةَ تكونُ جَدَّةً لإحْدَى وعِشْرين سَنَةً . وقِياسُهم مُنْتَقِضٌ بمَن له دُونَ خَمْس وعِشْرِين سَنةً ، فما أَوْجَبَ الحَجْرَ قِبلَها يُوجِبُه بعدَها . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه لا يَصِحُّ تَصَرُّفُه ولا إقرارُه . وقال أبو حَنِيفَة : يَصِحُّ بَيْعُه وإقْرارُه ؛ لأنَّ البالِغَ عندَه لا يُحْجَرُ عليه ، وإنَّما لم يُسَلَّمْ إليه

⁽١) سورة البقرة ٢٨٢ .

⁽٢) في م : (احتجوا) .

⁽٣) في الأصل: ﴿ مَا يَفْعِلْ ﴾ .

⁽٤) سقط من: الأصل.

⁽٥) في م : ﴿ هُو ﴾ .

وَالْبُلُوغُ 1 ١١٨ وَ يَحْصُلُ بِالِاحْتِلَامِ ، أَوْ بُلُوغِ خَمْسَ عَشْرَةَ اللَّهُ اللَّهُ مَا وَ تَزِيدُ الْجَارِيَةُ سَنَةً ، أَوْ نَبَاتِ الشَّعَرِ الْخَشِنِ حَوْلَ الْقُبُلِ ، وَتَزِيدُ الْجَارِيَةُ بِالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ .

الشرح الكبير

مالُه (۱) ؛ للآية . ولَنا ، أنَّه لا يُدْفَعُ إليه مالُه ؛ لعَدَم رُشْدِه ، فلم يَصِحَّ تَصَرُّفُه وإقْرارُه ، كالصَّبِيِّ والمَجْنُونِ ، ولأنَّه إذا نَفَذ تَصَرُّفُه وإقْرارُه تَلِف مالُه ، و لم يُفِدْ مَنْعُه مِن مالِه شيئًا ، ولأنَّ تَصَرُّفَه لو كان نافِذًا ، لسُلِّمَ إليه مالُه ، كالرَّشِيدِ ، فإنَّه إنَّما مُنِع مالَه حِفْظًا له ، فإذا لم يُحْفَظْ بالمَنْع ِ ، وَجَب تَسْلِيمُه إليه بحُكْم الأصْل .

و البُلُوغُ يَحْصُلُ بالاحْتِلامِ ، أو نَباتِ الشَّعَرِ الخَشِن حَوْلَ القُبُلِ ، وَتَزِيدُ بُلُوغِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، أو نَباتِ الشَّعَرِ الخَشِن حَوْلَ القُبُلِ ، وَتَزِيدُ الجَارِيَةُ بالحَيْضِ والحَمْلِ) يَثْبُتُ البُلُوغُ في حَقِّ الجَارِيَةِ والغُلامِ بأَحَدِ الخَيْفِ المَدْكُورَةِ ، وهي ؛ خُرُوجُ المَنِيِّ مِن القُبُلِ ، وهو الماءُ الدَّافِقُ الذي يُخْلَقُ منه الوَلدُ ، كيفما خَرَج في يَقَظَةٍ أو مَنامٍ ، بجماعٍ الدَّافِقُ الذي يُولِقُ عَيرِ ذلك ، يَحْصُلُ به البُلُوغُ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لقَوْلِ أو احْتِلامٍ ، أو غيرِ ذلك ، يَحْصُلُ به البُلُوغُ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لقَوْلِ

الإنصاف

قوله: والبُلُوغُ يَحْصُلُ بالاحْتِلامِ - بلا نِزاعٍ - أَو بُلُوغِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، أَو نَبَاتِ الشَّعَرِ الخَشِنِ حولَ القُبُلِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونقلَه الجماعَةُ عن أحمدَ . وحُكِى عنه رِوايَةٌ ، لا يَحْصُلُ البُلوغُ بالإِنْباتِ . وقال في « الفائقِ » : ويَحْصُلُ البُلُوغُ بإِكْمالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً . وعنه ، الذَّكَرُ وحدَه .

⁽١) سقط من : م .

الشرح الكبير الله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَالُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَعُذِنُواْ ﴾(١) . وقَوْلِه : ﴿ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ﴾ (٢) . وقولِ النبيِّ عَلِيلَةٍ : ﴿ رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » . رواه أبو داودَ^(٣) . قال ابنُ المُنْذِر : أَجْمَعُوا على أنَّ الفَرائِضَ والأحْكامَ تَجِبُ على المُحْتَلِم العاقِل ، وعلى المرأةِ بظُهُورِ الحَيْضِ منها . الثانِي ، السِّنُّ ، وهو بُلُو غُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، (أَيَحْصُلُ به البُلُوغُ) في حَقِّ الغُلام والجارِيَةِ . وبهذا قال

قوله : وتَزِيدُ الجارِيَةُ بالحَيْضِ والحَمْلِ . بلا نِزاعٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » : وحَمْلُها دَلِيلُ [٢/ ١٤١ظ] إِنْزَالِهَا ، وَقَدْرُه ، أَقَلَّ مُدَّةِ الحَمْلِ . وكذا قال الزَّرْكَشِيُّ ، وغيرُهم . وعنه ، لا يَحْصُلُ بُلُوغُها بغير الحَيْض . نقَلَها جماعَةٌ . قال أبو بَكْر : هذا قَوْلٌ أَوَّلُ . فائدة : لو وُجِدَ مَنِيٌّ مِن ذَكَر خُنثَى مُشْكِل ، فهو عَلَمٌّ على بُلوغِه ، وكَوْنِه رَجُلًا . وإنْ خرَج مِن فَرْجه ، أو حاضَ ، كان عَلَمًا على بُلوغِه ، وكَوْنِه امْرأَةً . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهب . وجزَم به في « الكافِي » . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ . وصحَّحه في ﴿ التُّلْخيصِ ﴾ . قال في ﴿ الرِّعايةِ ﴾ : والصَّحيحُ ، أَنَّ الإِنْزالَ علامَةُ البُلوغِ مُطْلَقًا . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِه » . وقال القاضي : ليس واحِدٌ منهما عَلَمًا على البُلوغ ِ . قال في « عُيونِ المَسائل ِ » : إنْ حاضَ مِن فَرْجِ المرْأَةِ ، أوِ احْتَلَمَ منه ، أو أُنْزَلَ مِن ذَكَر الرَّجُل ، لم يُحْكَمْ ببُلوغِه ؛ لجَوازِ

⁽١) سورة النور ٥٩ .

⁽٢) سورة النور ٥٨.

 ⁽٣) تقدم تخریجه فی ١٥/٣.

⁽٤ - ٤) سقط من : م .

لشرح الكبير

الأوْزاعِيُّ ، والشافعيُّ ، أبو يُوسُفَ ، و محمدٌ . وقال داودُ : لا حَدَّ للبُلُوغِ مِن السِّنِّ ؛ لَقَوْلِه عليه السَّلامُ : « رُفِعَ الْقَلَمُ (اعَنْ ثَلَاثٍ) ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » . وإثباتُ البُلُوغِ بِغيرِه يُخالِفُ الخَبرَ . وهذا قَوْلُ مالِكٍ . وقالَ أصحابُه : سَبْعَ عَشْرَةَ ، أو ثَمانِي عَشْرَةَ . وعن أبي حَنيفة في الغُلامِ روايَتانِ ؛ إحْداهما ، سَبْعَ عَشْرَةَ . والثانِي ، ثَمانِي عَشْرَةَ ، والجارِيةُ سَبْعَ عَشْرَةَ ، والثانِي ، ثَمانِي عَشْرَةَ ، والجارِيةُ سَبْعَ عَشْرَةَ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّ الحَدَّ لا يَثْبُتُ إلَّا بتَوْقِيفٍ أو اتّفاقٍ ، ولا تَوْقِيفَ فيما دُونَ هذا ، ولا اتّفاقَ . ولنا ، أنَّ ابنَ عُمَرَ قال : عُرِضْتُ عليه وأنا ابنُ عَمْسَ عَشْرَةَ فأجازَنِي . مُتَّفَقٌ عليه (اللهِ عَلَى الفِيلِ ، وعُرِضْتُ عليه وأنا ابنُ حُمْسَ عَشْرَةَ فأجازَنِي . مُتَّفَقٌ عليه (اللهُ عَرْنِي بَلَغْتُ ، وعُرِضْتُ عليه يومَ الخَنْدَقِ وأنا ابنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ فرَدَّنِي ، و لم يَرَنِي بَلَغْتُ ، وعُرِضْتُ عليه عامَ الخَنْدَقِ وأنا ابنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ فأجازَنِي . فأُجازَنِي . فأُخبِرَ بهذا عُمَرُ بنُ عبدِ العَزِيزِ ، الخَنْدَقِ وأنا ابنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ فأجازَنِي ، فأُخبِرَ بهذا عُمَرُ بنُ عبدِ العَزِيزِ ، فكتَبَ إلى عُمّالِه : أن لا تَفْرِضُوا إلَّا لَمَن بَلغ خَمْسَ عَشْرَةَ . رَواه الشافعيُّ فكتَبَ إلى عُمّالِه : أن لا تَفْرِضُوا إلَّا لَمَن بَلغ خَمْسَ عَشْرَةَ . رَواه الشافعيُّ فكتَبَ إلى عُمّالِه : أن لا تَفْرِضُوا إلَّا لمَن بَلغ خَمْسَ عَشْرَةَ . رَواه الشافعيُّ

لإنصاف

كَوْنِه خِلْقَةً زَائِدَةً ، وإِنْ حَاضَ مِن فَرْجِ النِّسَاءِ ، وأَنْزَلَ مِن ذَكَرِ الرَّجُلِ ، فبالِغُ ، بلا إشْكَالٍ . انتهى . وإِنْ خَرَجِ المَنِيُّ مِن ذَكَرِه ، والحَيْضُ مِن فَرْجِه ، فَمُشْكِلٌ ، ويَثْبُتُ البُلوغُ بذلك . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . قال القاضى : يَثْبُتُ البُلوغُ به . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائق » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسَ » ، و « الفُروع ِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِين فى « شَرْحِه » ، ذكرَه فى بابِ مِيراثِ الخُنْثَى . وتقدَّم كلامُه فى « عُيونِ المَسائلِ » . وقيل : لا

⁽١ - ١) سقط من : الأصل ، ر ، ق .

⁽٢) تقدم تخريجه في ١٠/ ٩ .

الشرح الكبير في « مُسْنَلُوه » ، والتِّرْمِلْوِئُ (١) . وقال : حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . ولأنَّ السِّنَّ مَعْنَى يَحْصُلُ به البُّلُوغُ ، يَشْتَر كُ فيه الجاريةُ والغُلامُ ، فاسْتَوَيا فيه ، كالإنْزال . وما احْتَجَّ به مالِكٌ ودَاودُ لا يَمْنَعُ إِثْباتَ البُلُوغِ بغير الاحْتِلام إِذَا ثَبَت بِالدَّلِيلِ ، ولهذا كان إِنْباتُ الشُّعَرِ عَلَمًا عليه . الثالثُ ، نَباتُ الشُّعَرِ الخَشِن حَوْلَ ذَكُرِ الرجل ، وفَرْجِ المَرْأَةِ . فأمَّا الزَّغَبُ الضَّعِيفُ ، فلا اعْتِبارَ به ، فإنَّه يَثْبُتُ في حَقِّ الصَّغِير . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافعيُّ في قولِ ، وقال في الآخرِ : هو بُلُوغٌ في حَقِّ المُشْرِكِين ، وهل هو بُلُوغٌ في حَقِّ المسلمين ؟ فيه قَوْ لَان . وقال أبو حَنيفَة : لا اعْتِبارَ به ؛ لأنَّه نَباتُ شَعَر ، أَشْبَهَ سائِرَ شَعَر البَدَنِ . ولَنا ، أنَّ النَّبيُّ عَيِّكُ لَمَّا حَكَّمَ سعدَ بنَ مُعاذٍ في بني قُرَيْظَةَ ، حَكَم بأنْ تُقْتَلَ مُقاتِلَتُهم وتُسْبَى ذَراريُّهم ، فأمَرَ بأن يُكْشَفَ عن [١٢٠/٤] مُؤْتَزَرهم ، فمَن أَنْبَتَ فهو مِن المُقاتِلَةِ ، ومَن لم يُنْبَتْ أَلْحَقُوهُ بِالذُّرِّيَّةِ . قال عَطِيَّةُ القُرَظِيُّ : عُرضْتُ على رسولِ الله عَلَيْكُ يَوْمَ قُرَيْظَةَ ، فَشَكُّوا فِيَّ ، فأمَرَ النبيُّ عَيِّكُ أَن يُنْظَرَ إِلَىَّ ، هل أَنْبَتُّ بَعْدُ ؟ فَنَظَرُوا إِلَىَّ ، فلم يَجدُونِي أَنْبَتُّ بَعْدُ ، فأَلْحَقُونِي بِالذُّرِّيَّةِ . مُتَّفَقِّ على

الإنصاف يَثْبُتُ بذلك البُلوغُ . وأَطْلَقَهما في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » . وإنْ خرَج المَنِيُّ والحَيْضُ مِن مَخْرَجٍ واحدٍ ، فمُشْكِلٌ ، بلا نِزاعٍ . وهل يَثْبُتُ البُلوعُ بذلك ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما في «الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و «الفُروعِ » ،

⁽١) في حاشيتي ر ، ق : « عزوه إلى الشافعي والترمذي وهم » . وقد تقدم تخريجه عند الترمذي والإمام الشافعي في ٥١٢/٥.

مَعْناهُ(١) . وكَتَب عُمرُ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، إلى عامِلِه ، أن لا تَأْخُذَ الجزْيَةَ الشرح الكبير إِلَّا مِمَّن جَرَتْ عليه المَواسِي(١) . وروَى محمدُ بنُ يَحْيَى بن حَبَّانَ(١) ، أَنَّ غُلامًا مِن الأنْصار شَبَّبَ بامرأةٍ في شِعْره ، فرُفِعَ إلى عُمَرَ ، فلم يَجِدْه أَنْبَتَ ، فقال : لو أُنْبَتُّ الشُّعَرَ^(؛) لحَدَدْتُك^(٠) . ولأنَّه خارجٌ يُلازِمُه البُلُوغُ غالِبًا ، يَسْتَوى فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى ، فكان عَلَمًا على البُلُوغِ ، كالاحْتِلامِ . ولأنَّ الخارِجَ ضَرْبانِ ؛ مُنْفَصِلٌ ، ومُتَّصِلٌ ، فلَمَّا كان مِن المُنْفَصِلِ مَا يَثْبُتُ بِهِ البُّلُوغُ ، كذلك المُتَّصِلُ ، وما كان بُلُوغًا في حَقِّ المُشْرِكِ كَانَ بُلُوغًا في حَقِّ المُسْلِمِ ، كَالاحْتِلامِ والسِّنِّ .

> فصل : والحَيْضُ عَلَمٌ على البُلُوغِ فِي حَقِّ الجَارِيَةِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وقد دَلَّ عليه قولُ النبيِّ عَلَيْكُم : ﴿ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بَخِمَارٍ ﴾ . رَواه التُّرْمِذِيُّ (١) . وقال : حديثٌ حسنٌ . وكذلك الحَمْلُ يَحْصُلُ به البُلُوغُ ؛ لأنَّ الله تعالى أجْرَى العادَةَ أنَّ الوَلَدَ إنَّما يُخْلَقُ مِن ماءِ الرجل

و ﴿ الفائق ﴾ ؟ أحدُهما ، لا يَحْصُلُ البُلوغُ بذلك . وقدَّمه في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرِي ﴾ . الإنصاف والثانى ، يَحْصُلُ به . قلتُ : وهو أُوْلَى ؛ لأنَّه إنْ كان ذَكَرًا ، فقد أَمْنَى ، وإنْ كان

⁽١) تقدم تخريج حديث تحكيم سعد بن معاذ في ٨٤/١٠ . وحديث عطية القرظي في ٦٨/١٠ .

⁽٢) أخرجه البيهقي ، في : باب الزيادة على الدينار بالصلح ، من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٩/٥٩ . .

⁽٣) أبو عبد الله محمد بن يحيى بن حبان الأنصاري الفقيه ، كان يفتي ، ثقة كثير الحديث ، توفي سنة إحدى وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب ٥٠٨، ٥٠٨ .

⁽٤) سقط من : م .

⁽٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ١٧٧/١٠ .

⁽٦) تقدم تخريجه في ٢٠/٣ ، ١٩٧ .

الشرح الكبير وماءِ المرأةِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِن مَّآء دَافِقِ * يَخْرُجُ مِن بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ﴾ (١) . وأخْبَرَ النبيُّ عَلِيلَةُ بذلك في الأَحَادِيثِ . فعلى هذا ، يُحْكَمُ ببُلُوغِها في الوَقْتِ الذي حَمَلَتْ فيه .

فصل : إذا وُجِد خُرُوجُ المَنِيِّ مِن ذَكَرِ (١) الخُنثَى المُشْكِلِ ، فهو عَلَمٌ على بُلُوغِه وكونِه رجلًا ، وإن خَرَج مِن فَرْجه أو حاضَ ، كان عَلَمًا على بُلُوغِه وكونِه امرأةً . وقال القاضي : ليس واحِدٌ منهما عَلَمًا على البُّلُوغ ِ ، فإنِ اجْتَمَعا فقد بَلَغ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لجَواز أن يَكُونَ الفَرْجُ الذي خَرَج منه ذلك خِلْقَةً زائِدةً . ولَنا ، أَنَّ خُرُوجَ البَوْل مِن أَحَدِ الفَرْجَيْنِ دَلِيلٌ على ذُكُوريَّتِه أو أُنُوثِيَّتِه ، فخُرُو جُ المَنِيِّ والحَيْض أَوْلَى ، وإذا ثَبَت كَوْنُه رجلًا خَرَج المَنِيُّ مِن ذَكَره ، أو امرأةً خَرَج الحَيْضُ مِن فَرْجِها ، لَزِم وجُودُ البُّلُوغِ ، ولأنَّ خُرُوجَ مَنِيِّ الرجل مِن المرأةِ ، أو الحَيْض مِن الرجل ، مُسْتَحِيلٌ ، فكان دَلِيلًا على التَّعْيين ، وإذا ثَبَت التَّعْيينُ ، لَزم كَوْنُه دَلِيلًا على البُلُوغِ ، كما لو(") تَعَيَّنَ قبلَ خُرُوجه ، ولأنُّهم سَلُّمُوا أنَّ خُرُوجَهما [١٢٠/٤] معًا دَلِيلٌ 'على البُلُوغِ')،

الإنصاف أُنْثَى ، فقد أَمْنَتْ وحاضَتْ ، وكِلاهما يحْصُلُ به البُلوغُ . ثم وَجَدْتُ صاحِبَ « الحاوى الكَبير » قطعَ بذلك ، وعلَّلُه بما قُلْنا .

⁽١) سورة الطارق ٥ - ٧ .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) سقط من : الأصل ، ر ١ .

⁽٤ - ٤) في م: (عليه).

فخُرُوجُ أَحَدِهِما مُنْفَرِدًا أَوْلَى ؛ لأَنَّ خُرُوجَهما معًا يَقْتَضِي تَعارُضَهما الشرح الكير وإسْقاطَ دَلالَتِهما ، إذ لا يُتَصَوَّرُ أَن يَجْتَمِعَ حَيْضٌ صَحِيحٌ ومَنِيُّ رجلٍ ، فَيَلْزَمُ أَنْ يكونَ أَحَدُهما فَضْلَةً خارِجَةً مِن غيرِ مَحَلُّها ، وليس أَحَدُهما بذلك أُوْلَى مِن الآخَرِ ، فَتَبْطُلُ دَلاَلَتُهما ، كالبَيِّنَتَيْن إذا تَعارَضَتَا ، وكالبَوْل إذا خَرَج مِن المَخْرَجَيْنِ جَمِيعًا ، بخِلافِ ما إذا وُجد أَحَدُهما مُنْفَردًا ، فإنَّ الله تعالى أَجْرَى العادَةَ بأنَّ الحَيْضَ يَخْرُجُ مِن فَرْجِ ِ المرأةِ عندَ بُلُوغِها ، ومَنِيَّ الرجلِ يَخْرُجُ مِن ذَكَرِه عند بُلُوغِه ، فإذا وُجد ذلك مِن غير مُعارض ، وَجَب أَنْ يَثْبُتَ حُكْمُه ، ويُقْضَى بثُبُوتِ دَلاَلَتِه ، كالحُكّم بكَوْنِه رَجلًا بخُرُوجِ البَوْل مِن ذَكَره ، وبكَوْنِه أَنْثَى بخُروجِه مِن فَرْجِه(١) ، والحُكْم للغُلام بالبُلُوغ ِ بخُرُوج ِ المنِيِّ مِن ذَكَرِه ، وللجارِيَةِ بخُرُوجِ الحَيْضِ مِن فَرْجِها . فعلى هذا ، إن خَرَجا جَمِيعًا ، لم يَثْبُتْ كَوْنُه رجلًا ولا امرأةً . وهل يَثْبُتُ البُلُوغُ بذلك ؟ فيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، يَثْبُتَ . وهو اخْتِيارُ القاضي ، ومَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه إن كان رِجلًا ، فقد خَرَج المَنِيُّ مِن ذَكَره ، وإن كان أَنْثَى ، فقد حاضَتْ . والثانِي ، لا يَثْبُتُ ؛ لأنَّ هذا يَجُوزُ أَن لا يَكُونَ حَيْضًا ولا مَنِيًّا ، فلا يكونُ فيه دَلاَلَةٌ ، وقد دَلُّ على ذلك تَعارُضُهما ، فانْتَفَتْ دَلالَتُهما على البُلُوغِ ، كانْتِفاءِ دَلالَتِهما على الذَّكُوريَّةِ والْأَنُوثِيَّةِ .

الإنصاف

⁽١) في م : ﴿ فَرَجِهَا ﴾ .

١٩٣٩ - مسألة : (والرُّشْدُ الصَّلاحُ في المالِ) وهذا قولُ أَكْثَرِ أهلِ العِلْم ؛ منهم مالِكٌ ، وأبو حَنِيفَةَ . وقال الحَسَنُ ، والشافعيُ ، وابنُ المُنْذِرِ: الرُّشْدُ الصَّلاحُ في الدِّينِ والمالِ ؛ لأنَّ الفاسِقَ () غيرُ رَشِيدٍ ، ولأنَّ إِفْسادَه دِينَه يَمْنَعُ الثِّقَةَ به في حِفْظِ مالِه ، كما يَمْنَعُ قَبُولَ قَوْلِه وتُبُوتَ الولايَةِ على غيره ، وإن لم يُعْرَفْ منه كَذِبٌ ولا تُبْذِيرٌ . وَلَنا ، قُولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَآدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَلُهُمْ ﴾ . قال ابنُ عباس : يَعْنِي صَلاحًا في أَمْوالِهم . وقال مُجاهِدٌ : إذا كان عاقِلًا . ولأنَّ هذا إِثْبَاتٌ في نَكِرَةٍ ، ومَن كان مُصْلِحًا لمالِه فقد وُجد منه رُشْدٌ(٢) ، ولأنَّ العَدالَةَ لا تُعْتَبَرُ في الرُّشْدِ في الدُّوام ، فلا تُعْتَبَرُ في الابتداء ، كالزُّهْدِ في الدُّنيا ، ولأنَّ هذا مُصْلِحٌ لمالِه ، فأشْبَهَ العَدْلَ ، يُحَقِّقُه أنَّ الحَجْرَ عليه إنَّما كان لحِفْظِ مالِه عليه ، والمُؤَثِّرُ فيه ما أُثَّر في تَضْييع ِ المال أو حِفْظِه . قَوْلُهم : إِنَّ الفاسِقَ غيرُ رَشِيدٍ . قُلْنا : هو غيرُ رَشِيدٍ في دِينِه ، أمَّا في مالِه وحِفْظِه فهو رَشِيدٌ ، ثم هو مُنْتَقِضٌ بالكافِر [١٢١/٤] فإنَّه غيرُ رَشِيدٍ في دِينِه ، ولا يُحْجَرُ عليه لذلك ، ولا يَلْزَمُ مِن مَنْع ِ قَبُولِ القولِ مَنْعُ(") دَفْع ِ

قوله : والرُّشْدُ ؛ الصَّلاحُ في المالِ . يعْنِي ، لا غيرُ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال ابنُ عَقِيلٍ : الرُّشْدُ ؛ الصَّلاحُ في المالِ والدِّينِ . قال : وهو الأَلْيَقُ بمذهبِنا . قَال في « التَّلْخيصِ ِ » : ونصَّ عليه .

⁽١) في الأصل: (الفاسد) .

⁽٢) في الأصل : ﴿ الرشد ﴾ .

⁽٣) في م : و منه ه .

وَلَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَالَهُ حَتَّى يُخْتَبَرَ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ التُّجَّارِ ، فَبأَنْ المنع يَتَكَرَّرَ مِنْهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ ، فَلَا يُغْبَنَ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أُوْلَادِ الرُّؤَسَاء وَالْكُتَّابِ ، فَبَأْنْ يَسْتَوْفِيَ عَلَى وَكِيلِهِ فِيمَا وَكَّلَهُ فِيهِ . والْجَارِيَةُ بِشِرَائِهَا الْقُطْنَ ، وَاسْتِجَادَتِهِ ، وَدَفْعِهَا الْأُجْرَةَ إِلَى الْغَزَّالَاتِ ، وَالِاستِيفَاءِ عَلَيْهِنَّ .

مالِه إليه ، فإنَّ مَن يُعْرَفُ بكَثْرَةِ الغَلَطِ و النِّسْيانِ ، أو مَن يَأْكُلُ في السُّوقِ ، الشرح الكبير ويَمُدُّ رِجْلَيْه فِي مَجْمَعِ ِالنَّاسِ ، لا تُقْبَلُ شَهادَتُهم ، وتُدْفَعُ إليهم أمْوالُهم .

> • ١٩٤ - مسألة : (ولا يَدْفَعُ إليه مَالَه حتى يُخْتَبَرَ) لأنَّه إنَّما يُعْرَفُ رُشْدُه باخْتِبارِه ؛ لقولِ الله تِعالى : ﴿ وَٱلْبَتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ . أى اخْتَبرُوهم ، واخْتِبارُه بَتْفُويض التَّصَرُّفاتِ التي يَتَصَرَّفُ فيها أَمْثَالُه إليه (فإن كان مِن أَوْلَادِ التُّجَّارِ) فُوِّضَ إِلَيه البَّيْعُ والشِّراءُ (فإذا تَكَرَّرَ منه ، فلم يُغْبَنْ) ولم يُضَيِّعْ مَا فِي يَدَيْهِ ، فَهُو رَشِيدٌ ، وإن كان مِن أَوْلادِ الدَّهَاقِين و الكُبَراء الَّذين يُصانُ أَمْثالُهم عن الأُسْواقِ ، دُفِعَتْ إليه نَفَقَةُ مُدَّةٍ ؛ ليُنْفِقَها في مَصالِحِه ، فإن صَرَفَها في مَصارِفِها ومَواقِعِها ، واسْتَوْفَي على وَكِيلِه فيما وَكَّلَه فيه'' ، واسْتَقْصَى عليه ، دَلُّ على رُشْدِه . والمرأةُ يُفَوَّضُ إليها ما يُفَوَّضُ إِلَى رَبَّةِ البَّيْتِ ، مِن اسْتِئجار الغَزَّالاتِ ، وتَوْ كِيلِها في شِراء الكُّتَّانِ ، وأَشْبَاهِ ذَلَكَ . فَإِنْ وُجِدَتْ ضَابِطَةً لِمَا فَي يَدَيْهَا ، مُسْتَوْفِيَةً مِنْ وَكِيلِهَا ، فهي رَشِيدَةً .

فائدة : قَوْلُه : ولا يَدْفَعُ إليه مالَه حتى يُخْتَبرَ – يعْنِي ، بما يَلِيقُ به ، ويُؤنَّسُ الإنصاف

⁽١) سقط من : م .

المتنع وَأَنْ يَحْفَظَ مَا فِي يَدِهِ عَنْ صَرْفِهِ فِيمَا لَا فَائِدَةَ فِيهِ ؟ كَالْغِنَاء ، وَالْقِمَارِ ، وَشِرَاءِ الْمُحَرَّمَاتِ، وَنَحْوهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُدْفَعُ إِلَى الْجَارِيَةِ مَالُها بَعْدَ رُشْدِهَا، حَتَّى تَتَزَوَّ جَوتَلِدَ، أَوْ تُقِيمَ فِي بَيْتِ الزَّوْ جِ سَنَةً.

الشرح الكبير

١٩٤١ – مسألة : ﴿ وأن يَحْفَظَ ما في يَدِه عن صَرْفِه فيما لا فائِدَةَ فيه ؛ كالغِناءِ ، والقِمارِ ، وشِراء المُحَرَّماتِ) وشِراء آلاتِ اللَّهُو والخَمْرِ ، وأن يَتَوَصَّلَ به إلى الفَسادِ ، فهذا غيرُ رَشِيدٍ ؛ لأنَّه تَبْذيرٌ لمالِه ، وتَضْييعُه فيما لا فائِدَةَ فيه . فإن كان فِسْقُه بالكَذِب والتَّهاوُنِ بالصلاةِ ، مع حِفْظِه لمالِه ، لم يَمْنَعْ ذلك مِن دَفْع ِ مالِه إليه ؛ لِما ذَكَرْنا .

١٩٤٢ - مسألة : (وعنه ، لا يُدْفَعُ إلى الجارِيَةِ مالُها بعدَ رُشْدِها ، حتى تَتَزَوَّ جَ وتَلِدَ ، أو تُقِيمَ في بَيْتِ الزَّوْجِ سَنَةً) المَشْهُورُ في المَذْهَبِ أَنَّ الجارِيَةَ إِذَا بَلَغَتْ ورَشَدَتْ ، دُفِع إليها مالُها ، كالغُلام ، وزال الحَجْرُ عنها وإن لم تَتزَوَّجْ. وهذا قَوْلُ عَطاءِ، والثَّوْرِيِّ، وأبي حَنِيفَةَ، والشافعيُّ ، وأبى ثُوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . ونَقَل أبو طالِبِ عن أحمدَ ، أنَّ الجارِيَةَ لا يُدْفَعُ إليها مالُها ، حتى تَتَزَوَّ جَوتَلِدَ ، أُو تُقِيمَ سَنَةً في بَيْتِ الزُّوْجِ رُوِيَ ذلك عن عُمَرَ . وبه قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِيُّ ، وإسحاقُ ؛ لِما رُويَ عن شُرَيْحٍ أنَّه قال: عَهِد إلَىَّ عُمَرُ بنُ الخَطَّاب، أن لا أُجيزَ لجاريَةٍ عَطِيَّةً حتىٰ تَحُولَ في بَيْتِ زَوْجِها حَوْلًا ، أو تَلِدَ . رَواهُ سعيدٌ في ﴿ سُنَنِه ﴾ .

الإنصاف رُشْدُه – فإنْ كان مِن أَوْلادِ التُّجَّارِ ، فبأنْ يَتَكَرَّرَ منه البَيْعُ والشِّراءُ ، فلا يُغْبَنَ . يغْنِي ، لا يُغْبَنُ في الغالِبِ ، ولا يَفْحُشُ .

قوله : وأَنْ يَحْفَظَ ما في يدَيْه عن صَرْفِه فيما لا فائِدَةَ فيه ؛ كالقِمارِ ، والغِناءِ ،

و لا يُعْرَفُ له مُخالِفٌ ، فصار إجْماعًا . وقال مالِكٌ : لا يُدْفَعُ إليها مالَها حتى تَتَزَوَّجَ ، ويَدْخُلَ عليها زَوْجُها ؛ لأنَّ كلَّ حَالَةٍ جاز للأب تَزْويجُها مِن غيرِ ١ ١٢١/٤ عَ إِذْنِها ، لم يَنْفَكَّ عنها الحَجْرُ ، كالصَّغِيرَةِ . ولَنا ، عُمُومُ قَوْلِه تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَآدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَلُهُمْ ﴾ . ولأنَّها يَتِيمٌ بَلَغ وأُونِسَ منه الرُّشْدُ ، فَيُدْفَعُ إِلَيه مَالُه ، كَالْرَجَلِ ، وَلَأَنَّهَا بِالْغَةُّ رَشِيدَةٌ ، فَجَازَ لِهَا التَّصَرُّفُ في مالِها ، كالتي دَخَل بها الزُّوْ جُ ، وحديثُ عُمَرَ ، إن صَحَّ ، فلم نَعْلَم انْتِشارَه في الصَّحابَةِ ، فلا يُتْرَكُ به الكتابُ والقِياسُ ، وعلى أنَّ حديثَ عُمَرَ مُخْتَصٌّ بمَنْعِ ِ العَطِيَّةِ ، فلا يَلْزَمُ منه المَنْعُ مِن تَسْلِيمٍ مالِها إليها ومَنْعُها مِن سائِرٍ التَّصَرُّفاتِ ، ومالِكٌ لم يَعْمَلْ به ، وإنَّما اعْتَمَدَ على إجْبارِ الأبِ لها على النِّكاحِ . وَلَنا أَن نَمْنَعَه ، وإن سلَّمْناه ، فإنَّما أَجْبَرَها على النِّكاحِ ؛ لأنَّ اخْتِبارَها للنِّكاحِ ومَصالِحِه لا يُعْلَمُ إِلَّا بمُباشَرَتِه ، والبَيْعُ والشِّراءُ والمُعامَلاتُ مُمْكِنَةٌ قبلَ النِّكاحِ . وعلى هذه الرِّوايَةِ ، إذا لم تَتَزَوَّجْ أَصْلًا احْتَمَلَ أَن يَدُومَ الحَجْرُ عليها ؛ عَمَلًا بعُمُوم حديثِ عُمَرَ ، ولأَنَّه لم يُوجَدْ شَرْطُ دَفْع مِ البِها إليها ، فلم يَجُزْ دَفْعُه إليها ، كالولم تَرْشُدْ . وقال القاضِي : عندى أنَّه يُدْفَعُ إليها مالُها إذا عَنَسَتْ (وبَرزَتْ ') للرِّجال . يَعْنِي كَبرَتْ .

وشِراءِ المُحرَّماتِ ، ونحوِه . قال ابنُ عَقِيلٍ وجَماعَةً : ظاهرُ كلام أحمدَ ، أنَّ الإنصاف التَّبْذِيرَ والإِسْرافَ ، ما أُخْرَجَه في الحَرامِ . قال في ﴿ النِّهايَةِ ﴾ : أو يَصْرِفُه في صدَقَةٍ

⁽١ - ١) في ق : (لا تروق) .

٣٤٣ - مسألة : (ووَقْتُ الاختِبارِ قبلَ البُلُوغِ) في إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْن لأَصْحابِ الشافعيِّ ؛ لأَنَّ اللَّهَ تعالى قال :

الإنصاف تَضُرُّ بعِيالِه ، أو كانَ وحدَه و لم يَثِقْ بإيمانِه . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : أو أخرَجَه ف مُباحٍ قَدْرًا زائِدًا على المَصْلَحَةِ . انتهى . وهو الصُّوابُ .

تنبيه : دخَل في كلام ِ المُصَنِّفِ ، إذا بلَغَتِ الجارِيَةُ ورشَدَتْ ، دفَع إليها مالَها . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، كالغُلامِ . وعليه أكثرُ الأصحاب .

 وعنه ، لا يَدْفَعُ إلى الجاريةِ مالَها ، ولو^(١) بعد رُشْدِها ، حتى تتَزَوَّ جَ وتَلِدَ ، أو(٢) تُقِيمَ في بَيْتِ الزَّوْجِ سنَةً . اخْتارَه جماعةٌ مِنَ الأصحاب ؛ منهم أبو بَكْر ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ في « التَّذْكِرَةِ » ، والشِّيرازِئ في « الإيضاحِ » . قال الزَّرْكَشِيُّ : وهو المَنْصوصُ . وأطْلَقهما في « المُذْهَب » . فعلي هذه الرِّوايَةِ ، إذا لم تتزَوُّجْ ، فقيلَ : يَبْقَى الحَجْرُ عليها . وهو احْتِمالٌ للمُصَنِّفِ وغيره . وقيل : تَبْقَى ما لم تَعْنُسْ . قال القاضى : عندى ، إذا لم تتزوَّجْ ، يُدْفَعْ إليها مالُها ، إذا عنسَتْ وبرَزَتَ للرِّجال . وهو الصَّوابُ . واقْتَصرَ عليه في « الكافِي » . وأَطْلَقهما في « الفُروع ِ » .

قوله : ووَقْتُ الاخْتِبارِ ، قبلَ البُلوغِ ِ – هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه أكثرُ الأُصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم – وعنه ، بعدَه . وأَطْلَقَهما في « الهِدايةِ » ،

⁽١) في الأصل ، ط : « وهو » .

⁽٢) في الأصل : « و » .

﴿ وَآلِتَلُواْ ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَآدْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَلُهُمْ ﴾ . فظاهِرُ الآية أَنَّ الْبِتلاءَهم قبلَ البُلُوغِ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهما ، أَنَّه سَمَّاهم يَتامَى ، وإنَّما يَكُونُونَ يَتامَى قبلَ البُلُوغِ . الثانِي ، أَنَّه مَدَّ الْحَتِبارَهُم إلى البُلُوغِ بِلَفْظِ : ﴿ حَتَّىٰ ﴾ . فيدُلُّ على أَنَّ الاحْتِبارَ قبلَ البُلُوغِ بِلَفْظِ : ﴿ حَتَّىٰ ﴾ . فيدُلُّ على أَنَّ الاحْتِبارِ إلى البُلُوغِ مُودِّنِ إلى الحَجْرِ على البالغِ الرَّشِيدِ ؛ لأَنَّ الحَجْرَيَمْتَدُّ إلى أَن يُخْتَبَرُ ويُعْلَمَ رُشْدُه ، واخْتِبارُه قبلَ البُلُوغِ مَنْ مُونَّ اللهُ المُراهِقُ المُمنِّزُ الذي يَعْرِفُ لِلْ يُخْتَبَرُ إلَّا المُراهِقُ المُمنِّزُ الذي يَعْرِفُ البَيْعِ وَالشَّرَاءَ ، والمَصْلَحَةَ مِن المَفْسَدَةِ . وإذا أَذِنَ له وَلِيَّهُ فَتَصَرَّفَ ، صَحَّ البُلُوغِ) أَوْمَا اللهُ الْمُعَدِّ وَالشَّرَاءَ ، على ما نَذْكُرُه (وعنه) أَنَّ اخْتِبارَه (بعدَ البُلُوغِ) أَوْمَا إليه أَحْمَدُ ؛ لأَنَّ تَصَرُّفَ قبلَ ذلك تَصَرُّفٌ مَمَّنُ لم يُوجَدُ فيه مَظِنَّةُ العَقْلِ . وَلَاصُوبُ الشَافِعِيِّ نَحُو هذا الوَجْهِ .

فائدة : لا يُخْتَبرُ إِلَّا المُمَيِّزُ والمُراهِقُ الذي يغْرِفُ البَيْعَ والشِّراءَ ، والمَصْلَحَةَ والمَفْسَدَةَ . وبَيْعُ الاخْتِبارِ (١) ، وشِراؤُه صحيحٌ ، بلا نِزاعٍ . وتقدَّم في أوَّلِ كتابِ البَيْعِ ِ ، التَّنْبِيهُ على ذلك ، وحُكْمُ تصَرُّفِه بإذْنِ وَلِيَّه .

و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، الإنصاف و « التَّلْخيصِ » . وقيل : بعدَه للجارِيَةِ ؛ لنَقْصِ خِبْرَتِها ، وقبلَه للغُلامِ .

⁽۱) في ر، ق: (مرده) .

⁽٢) في ط : ﴿ الاختيار ﴾ .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِلَّا لِلاَّبِ ، ثُمَّ لِوْحِلِيِّهِ ، ثُمَّ لِلْحَاكِم ِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِيَ اللهُ عِنه : ﴿ وَلَا تَثْبُتُ الوَّلَايَةُ عَلَى الصَّبِّيِّ والمَجْنُونِ إِلَّا للرَّبِ) لأنَّها وِلايَةٌ على الصَّغِيرِ ، فقُدِّمَ فيها الأبُ ، كولايَةِ النُّكاحِ (ثم وَصِيِّه) بعدَه ؛ لأنَّه نائِبُه ، أَشْبَهَ وَكِيلُه في الحَياةِ (ثم للحاكِم ِ) لأنَّ الولايَةَ انْقَطَعَتْ مِن جهَةِ القَرابَةِ ، فَتَثْبُتُ للحاكِم ، كولاَيَةِ النِّكاحِ . ومَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، والشافعيِّ ، أنَّ الجَدَّ يَقُومُ مَقامَ الأب في الولايَةِ ؛ لأنَّه أَبِّ . ولَنا ، أنَّ الجَدَّ [١٢٢/٤] لا يُدْلِي بنَفْسِه ، وإنَّما يُدْلِي بالأبِ الأَدْنَى ، فلم يَلِ مالَ الصَّغِيرِ ، كالأخِ ، ولأنَّ الأبَ يُسْقِطُ الإِخْوَةَ ، بَخِلافِ الجَدِّ ، وتَرثُ الأُمُّ معه ثُلُثَ الباقِي في زَوْ ج ٍ وأُمِّ وأب وزَوْجَةٍ (١ وأمّ أب١) ، بخِلافِ الجَدّ ، فلا يَصِحُّ قِياسُه عليه . فأمّا مَن سِواهم فلا تَثْبُتُ له ولايَةٌ ؛ لأنَّ المالَ مَحَلُّ الجنايَةِ ، ومَن سِواهم قاصِرُ الشُّفَقَةِ ، غيرُ مَأْمُونٍ على المالِ ، فلم يَلِه ، كالأَجْنَبِيِّ . ومِن شَرْطِ ثُبُوتِ الولاية على المالِ العَدالَةُ ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّ في تَفْوِيضِها إلى الفاسِقِ تَضْيِيعًا للمالِ ، فلم يَجُزْ ، كَتَفُو يضِها إلى السَّفِيهِ . وكذلك الحُكْمُ في السَّفِيهِ إذا حُجِر عليه صَغِيرًا واسْتَدامَ الحَجْرُ عليه بعدَ البُّلُوغِ .

الإنصاف

قوله: ولا تَشْبُتُ الوِلاَيَةُ على الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ إِلَّا للأَّبِ . يَسْتَحِقُّ الأَبُ الوِلاَيَةَ على الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ إِلَّا للأَّبِ . يَسْتَحِقُّ الأَبُ الوِلاَيَةَ على الصَّغيرِ والمَجْنُونِ ، بلا نِزاعٍ ، لكِنْ بشَرْطِ أَنْ يكونَ رَشِيدًا ، ويَكْفِى كُوْنُهُ مَسْتُورَ الحَالِ . على الصَّحيحِ مِنَ المُذهبِ . قال في « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ،

⁽۱ [–] ۱) فی ر ، ر ۱ ، ق : « وأب » .

..... الشرح الكبير

و « الرَّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائق » ، و « تَذْكِرَةِ ابسَ الإنصاف عَبْدُوس » ، وغيرِهم : وَلِيُّهُما الأَبُ ما لم يُعْلَمْ فِسْقُه . قلت : وهو الصَّوابُ . وقيل : يُشْتَرطُ عدالتُه ظاهِرًا [١٤٢/٢ و] و باطِنًا . قال في « المُنَوِّر » : ووَلِيُّ الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ الأَبُ ، ثم الوَصِيُّ العَدْلان . وأطْلَقَهما في « الرِّعايَةِ » .

تنبيه : ظاهرُ قَوْلِه : ثم لوَصِيّه ، ثم للحاكِم . أنَّ الجَدَّ والأُمَّ وسائرَ العَصَباتِ ليس لهم وِلاَيَةٌ . وهو المذهبُ الذي عليه أكثرُ الأصحاب . وهو ظاهرُ ما جزَم به في « المُعْنِي » ، و « التَّلْخيص » ، و « الشَّرْح » ، و « الوَجيزِ » ، و غيرِهم . واختارَه ابنُ عَبْدُوس في « تَذْكِرَتِه » وغيرُه . وقدَّمه في «الفُروع » ، و «الرِّعايتَيْن» و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « المُحَرَّر » ، و « النَّظْم » . وعنه ، للجَدِّ ولايَةٌ . قال في « الفائقِ » : وهو المُختارُ . فعليها ، يُقَدَّمُ على الحَاكم ، بلانِزاع ، ويقدَّمُ على الوَصِيّ ، على الصَّحيح . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . و أَلْلُوع يَنْ . وقيل : يُقَدَّمُ الوَصِيُّ عليه . وأَلْلَقَهما في « المُحَرَّر » ، و « الفُروع ب » و « النَّاشِم » ، و « الفائق » . و قبل المُعَرَّر » ، و « الفائق » . و قبل المُعَالِمُ المَحْرَّر » ، و « الفائق » ، و « الفائق » . و قبل المُعَالِمُ المَحْرَّر » ، و « الفائق » ، و « الفائق » . و قبل المُعَالِمُ المَحْرَّر » ، و « الفائق » . و الفائق » . و قبل المُعَالِمُ المَعْرِد المُعَالِمُ المَعْرَد المُعَالِمُ المَعْرَد و الفائق » ، و « الفائق » ، و « الفائق » . و الفائق » ، و « الفائق » ، و « الفائق » ، و « الفائق » ، و الفَر المُحَبِرُ و الفَعَالَة باللهُ و المُحْرَّر في المُعْرَد في الفائق » ، ثم قال : قلتُ : ويَشْهَدُ له حَجْرُ اللهُ و لايَةٌ أَنَّه م كالجَدِّ في التَّقْدِيم على الحَاكم وعلى الوَصِيّ . على الصَّحيح . . ولايَةٌ . أنَّهم كالجَدِّ في التَّقْدِيم على الحَاكم وعلى الوَصِيّ . على الصَّحيح . . ولايَةٌ . أنَّهم كالجَدِّ في التَّقْدِيم على الحَاكم وعلى الوَصِيّ . على الصَّحيح . . ولايَةٌ . أنَّهم كالجَدِّ في التَّقْدِيم على الحَاكم وعلى الوَصِيّ . على الصَّحيح . . ولايَةُ . أنهم كالجَدِّ في التَّقْدِيم على الحَاكم وعلى الوَصِيّ . على الصَّحيح . . ولايَةُ و المُنْ المُن

فَائدَتَانَ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُشْتَرَطُ فَى الحَاكُمِ مَا يُشْتَرَطُ فَى الأَبِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلَك ، أو لَمْ يُوجَدُ حَاكِمٌ ، فأَمِينَ يقُومُ به . اخْتَارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وقال : الحَاكِمُ العَاجِزُ كالعَدَمِ . الثَّانيةُ ، يَلِي كَافِرٌ عَدْلٌ مَالَ وَلَدِه الكَافِرِ . على الصَّحيحِ الحَاجِزُ كالعَدَمِ . الثَّانيةُ ، يَلِي كَافِرٌ عَدْلٌ مَالَ وَلَدِه الكَافِرِ . على الصَّحيحِ

الله وَلَا يَجُوزُ لِوَلِيِّهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِمَا ، إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْحَظِّ لَهُمَا ، فَإِنْ تَبَرَّعَ ، أَوْ حَابَى ، أَوْ زَادَ عَلَى النَّفَقَةِ عَلَيْهِمَا ، أَوْ عَلَى مَنْ [١١٨٤] تَلْزَمُهُمَا مُؤْنَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ ، ضَمِنَ .

الشرح الكبير

١٩٤٤ - مسألة : (وليس لوَلِيِّهما التَّصَرُّفُ في مالِهما ، إلَّا على وَجْهِ الحَظِّ لهما ﴾ ('وما لا حَظَّ فيه') ، ليس له التَّصَرُّفُ به ؛ كالعِتْق ، والهَبَةِ ، والتَّبَرُّعاتِ ، والمُحاباةِ ؛ لقول الله ِ سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾("). وقَوْلِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : ﴿ لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ ۗ ﴾ . رَواه الإِمامُ أَحمدُ ﴿ ؛ وهذا فيه

الإنصاف مِنَ المذهبِ، وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، واخْتارَه الأصحابُ. قال في « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » : ويَلِي الكافِرُ العَدْلُ في دِينهِ مالَ وَلَدِه . على أصحِّ الوَجْهَيْن . وصحَّحه شيْخُنا في « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » . وقيل : لا يَلِيه ، وإنَّما يَلِيه الحاكِمُ . وأَطْلَقَهما في « المُحَرَّر » ، و « النَّظْم » ، و ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . ويأتِي : هل يَلِي مالَ الذِّمِّيَّةِ التي يَلِي نِكَاحَها مِن مُسْلِم ؟ في بابِ أَرْكَانِ النِّكَاحِ ، عندَ قُولِه : ويَلِي الذُّمِّيُّ نِكَاحَ مُوَلِّيَتِه . مع أَنَّ الحُكْمَ هنا

قوله : ولا يجوزُ لوَلِيِّهما أنْ يتَصَرُّفَ في مالِهما ، إلَّا على وَجْهِ الحَظُّ لهما - بلا نِزاعٍ - فَإِنْ تَبَرَّعَ ، أو حابَى ، أو زادَ على النَّفَقَةِ عليهما ، أو على مَن يَلْزَمُهما مُؤْنتُه

⁽١ - ١) سقط من : الأصل .

⁽٢) سورة الأنعام ١٥٢ ، سورة الإسراء ٣٤ .

⁽٣) في م : (ضرار) .

⁽٤) تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِىَ مِنْ مَالِهِمَا شَيْئًا لِنَفْسِهِ ، ولا يَبِيعَهُمَا ، إِلَّا اللَّهُ اللَّهُ . الْأَبُ .

إضْرارٌ . فإن فَعَل شيئًا مِن ذلك ، أو زاد على النَّفَقَةِ عليهما ، أو على مَن الشرح الكبير تَلْزَمُهما مُؤْنَتُه بالمَعْرُوف ، ضَمِن ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ ، فضَمِن ، كتَصَرُّفِه فى مالِ غيرِهما(١) .

ولا يَبِيعَهما ، إِلَّا الأَبُ) لأنَّه غيرُ مُتَّهَم عليه ؛ لكَمالِ شَفَقَتِه . وبه قال ولا يَبِيعَهما ، إِلَّا الأَبُ) لأنَّه غيرُ مُتَّهَم عليه ؛ لكَمالِ شَفَقَتِه . وبه قال أبو حَنِيفَة ، ومالِكٌ ، والأوزاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وزادُوا الجَدَّ . وقال زُفَرُ : لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بالعاقِدِ ، فلا يَجُوزُ أن يَتَعَلَّقَ به رُفُرُ : لا يَجُوزُ أن يَتَعَلَّقَ به حُكْمان مُتَضادّان . ولَنا ، أنَّ هذا يَلِي بنَفْسِه ، فجاز أن يَتَولَّي طَرَفَي حُكُمان مُتَضادّان . ولَنا ، أنَّ هذا يَلِي بنَفْسِه ، فجاز أن يَتَولَّي طَرَفَي العَقْدِ ، كالسَّيِّد يُزَوِّ جُ عَبْدَه أمتَه ، ولا نُسَلِّمُ ما ذَكَرَه مِن تَعَلَّقِ حُقُوقِ العَقْدِ بالعاقِدِ (*) . فأمّا الجَدُّ ، فلا ولاية له ، على ما ذَكَرْناه ، فهو العَقْدِ بالعاقِدِ (*) . فأمّا الجَدُّ ، فلا وولَدِه مُنْتَفِيةٌ ، إذ مِن طَبْعِه الشَّفَقَةُ عليه كَالأَجْنَبِيِّ ، ولأنَّ التُهْمَة بينَ الأبِ ووَلَدِه مُنْتَفِيةٌ ، إذ مِن طَبْعِه الشَّفَقَةُ عليه والمَيْلُ إليه وتَرْكُ حَظِّ نَفْسِه لحَظّهِ ، وبهذا فارَقَ الوَصِيَّ والحَاكِمَ وأمِينه ،

بالمَعْرُوفِ ، ضَمِنَ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به الأكْثَرُ . وقال الإنصاف في « الرِّعايتَيْن » : ضَمِنَ في الأصبحِّ . وقيل : لا يَضْمَنُ . قلتُ : وهذا ضعيفٌ جدًّا .

قوله : ولا يجوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِن مالِهما شيئًا لنَفْسِه ِ ، ولا يَبِيعَهما إِلَّا الأبُ . هذا

⁽١) في الأصل : ﴿ غيره ﴾ .

⁽٢) بعده في الأصل : ﴿ لغيره ﴾ .

الشرح الكبير فأمَّا الحاكِمُ والوَصِيُّ ، فلا يَجُوزُ لهما ذلك ؛ لأنَّهما مُتَّهَمانِ في طَلَب الحَظّ لأَنْفُسِهما ، فلم يَجُزُ ذلك لهما ، ببخِلافِ الأب .

١٩٤٦ - مسألة : (ولوليِّهما مُكاتَبةُ رَقِيقِهما ، وعِتْقُه على مال) إذا كان الحَظُّ فيه ، مثلَ أن تَكُونَ قِيمَتُه أَنْفًا فَيُكاتِبَه بِأَنْفَيْنِ ، أو يُعْتِقَه بهما ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا حَظَّ ، لَمْ يَصِحُّ . وقال مالِكٌ ، وأبو حَنِيفَةَ : لا يَجُوزُ إعْتَاقُه ؛ لأنَّ الإِعْتَاقَ بمالِ تَعْلِيقٌ له على شَرْطٍ ، فلم يَمْلِكُه وَلِيُّ اليَّتِيمِ ، كالتَّعْلِيق على دُخُول الدَّار . وقال الشافعيُّ : لا تَجُوزُ كِتابَتُه ولا إعْتاقُه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منهما العِتْقُ دُونَ المُعاوَضَةِ ، فلم يَجُزْ ، كالإعْتاقِ بغيرِ عِوَضٍ . ولَنا ، أنَّها مُعاوَضَةً ، لليَتِيم فيها حَظٌّ ، فمَلَكَها وَلِيُّه ، كَبَيْعِه ، ولا عِبْرَةَ بِنَفْعِ العَبْدِ ، ولا يَضُرُّه كَوْنُه تَعْلِيقًا [١٢٢/٤ ع وانَّه إذا حَصَل لليَتِيم حَظٌّ ، لم يَضُرُّه نَفْعُ غَيْرِه ، ولا كَوْنُ العِتْقِ حَصَل بالتَّعْلِيقِ . وفارَقَ ما قاسُوا عليه ، فإنّه لا نَفْعَ فيه ؛ لعَدَم الحَظّ ، وانْتِفاء المُقْتَضِي ، لا لِما ذَكَرُوه . ولو قُدِّرَ أن يكونَ في العِتْقِ بغَيْرِ مالٍ نَفْعٌ ، كان نادِرًا . وإن كان العِتْقُ على مالِ بقَدْرِ قِيمَتِه أَو أَقَلُّ ، لم يَجُزْ ؛ لعَدَم الحَظِّ فيه . وقال أبو

الإنصاف المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يجوزُ للوَصِيِّ الشِّراءُ مِن مالِهما إنْ وَكُّلَ مَن يَبِيعُه هو ، ويَسْتَقْصِي في النَّمَنِ بالنِّداءِ في الأَسْواقِ . قالَه في ﴿ الرِّعايَةِ ﴾ .

قوله : ولوَلِيِّهما مُكاتَبَةُ رَقيقِهما . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . إِلَّا أَنَّه قال في ﴿ التَّرْغِيبِ ﴾ : يجوزُ ذلك لغيرِ الحاكِم ِ . بكر : يَتَوَجَّهُ جَوازُ العِنْقِ بغيرِ عِوَض ، للحَظِّ فيه ، مثلَ أن تكونَ له جارِيَةٌ الشرح الكبر وابْنَتُها يُساوِيانِ مائةً مُجْتَمِعَتَيْن ، ولو أُفْرِدَتْ إحْداهما ساوَتْ مائتَيْن ، ولا يُمْكِنُ إِفْرادُها بالبَيْع ِ ، فيُعْتِقُ الأُخْرَى ؛ لتَكْثُرَ قِيمَةُ الباقِيَة ، فتَصِيرَ ضِعْفَ قِيمَتِها (١) .

الله عَلَيْهِما) إذا وَجَب آرُويجُ إمائِهما) إذا وَجَب تَرْوِيجُ إمائِهما) إذا وَجَب تَرْوِيجُهُنَّ ، بأن يَطْلُبْنَ ذلك ، أو يَرَى المَصْلَحَةَ فيه ؛ لأَنَّه وَلِى عَلَيْهِنَّ وقائِمٌ مَقامَ مالِكِهِنَّ ، فكانِ له تَرْوِيجُهُنَّ ، كالمالِكِ .

السَّفَرُ بَمَالِهِما) للتِّجارَةِ فيه (السَّفَرُ بَمَالِهِما) للتِّجارَةِ فيه (والمُضارَبَةُ) بمالِ اليَتيم ِ والمَجْنُونِ (وله أَنْ يَدْفَعَه مُضارَبَةً بجُزْءٍ مِن

تنبيه: مَفْهُومُ قَوْلِه: وعِثْقُه على مَالٍ. أَنَّه لا يجوزُ عِثْقُه مجَّانًا مُطْلَقًا. وهو الإنصاف الصَّحيح، وهو المذهب، وعليه جَماهيرُ الأصحابِ. وعنه، يجوزُ مجَّانًا لمَصْلَحَةٍ . اخْتَارَه أَبُو بَكْرٍ ؟ بأَنْ تُساوِىَ أَمَةٌ ووَلَدُها مِائَةً ، ويُساوِىَ أَحدُهما مِائَةً . قلتُ : ولعَلَّ هذا كالمُتَّفَقِ عليه .

فائدة : مِن شَرْطِ صِحَّةِ مُكاتَبةِ رَقيقِهما وعِثْقِه على مالٍ ، أَنْ يكونَ فيه حَظَّ لَهما ؛ مثلَ أَنْ يُساوِى أَلْفًا ، فيُكاتِبَه على أَلْفَيْن ، أَو يُعْتِقَه عليهما ، ونحو ذلك ، فإنْ له يكُنْ فيه حَظَّ لهما ، لم يصِحَّ .

قوله : وتَزْويجُ إِمائِهما . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال في « المُغْنِي » ،

⁽١) في م : « قيمتيهما » .

الشرح الكبير الرُّبْحِ) أَبًا كان أو وَصِيًّا ، أو حاكِمًا ، أو أمِينَ حاكِم ، وهو أوْلَى مِن تَرْكِه . وممَّن رَأى ذلك ابنُ عُمَر ، والنَّخَعِيُّ ، والحَسَنُ بنُ صالِحٍ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو ثَوْر ، ''وأصْحابُ الرَّأْي' . ويُرْوَى إبَاحَةُ التِّجارَةِ به عن عُمَرَ ، وعائشةَ ، والضَّحَّاكِ . ولا نَعْلَمُ أَحَدًا كَرِهَه إلَّا الحسنَ ، ولَعَلُّه أراد اجْتِنابَ المُخاطَرَةِ به ، وَرأَى أَنَّ خَزْنَه أَحْفَظُ له .

الإنصاف و « الشُّرْح » : وله تَزْويجُ إمائِهما إذا وجَب تَزْويجُهُنَّ ؛ بأنْ يطْلُبْنَ ذلك ، أو يرَى المَصْلَحَةَ فيه . وقطَعا به . قال في « الفُروع ِ " ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : له ذلك على الأصحِّ . وجزَم به في « الهداية ِ » ، و « المُذْهَب » ، و « الخُلاصَة ِ » ، و« الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يجوزُ ذلك . وعنه ، يجوزُ لخَوْفِ فَسادِه ، وإلَّا لم يَجُزْ .

فَائِدَةً : العَبيدُ في ذلك كالإماء ، خِلافًا ومذهبًا . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، لا يُزَوِّجُ الأَمَةَ وإنْ جازَ تَزْويجُ العَبْدِ ؛ لتَأْكُّدِ حاجَتِه إليها . قلتُ : يَحْتَمِلُ العَكْسَ ؛ لرَفْع ِ مُؤْنَتِها ، وحُصُولِ صَداقِها ، بخِلافِ العَبْدِ .

قوله : والسَّفَرُ بمالِهما . إذا أرادَ الوَلِيُّ السَّفَرَ بمالِهما ، فلا يَخْلُوا ؛ إمَّا أَنْ يُسافِرَ به لتِجارَةٍ ، أو غيرِها ، فإنْ سافَرَ به لِتِجارَةٍ ، جازَ . لا أَعْلَمُ فيه خِلافًا . جزَم به في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ الكافِي ﴾ ، وغيرِهم ، لكِنْ لا يَتْجُرُ إِلَّا في المَواضِع ِ الآمِنَة ِ . وحمَل الشَّارِحُ ، وابنُ مُنجَّى كلامَ المُصَنِّف عليه . وإنْ سافَرَ به لغير التُّجارَةِ ، مِثْلَ أَنْ يَعْرِضَ له سَفَرٌ ، جازَ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّف، وصاحِبِ «الهِدايَةِ»، و «المُندْهَبِ»،

⁽۱ - ۱)سقط من : م .

.... المقنع

''وقَوْلُ الجُمْهُورِ أَوْلَى'' ؛ لِما روَى عبدُ اللهِ بنُ عَمْرِو بنِ العاص ، عن النرح الكبر النبيِّ عَلِيْكُ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ وَلِيَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ فَلْيَتَّجِرْ لَهُ ، وَلَا يَتْرُكُهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ »'' . ورُوِىَ مَوْقُوفًا على عُمَرَ '' ، وهو أَصَحُّ مِن المَرْفُوعِ . ولأنَّ ذلك أحظُ '' للمُولَى عليه ؛ لتَكُونَ نَفَقَتُه مِن فاضِلِه .

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجينِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروعِ » . وقال القاضي في « المُجَرَّدِ » : ولا يُسافِرُ به . وجزَم به في « الكافِي » ، و « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » . وظاهِرُ كلامِه في « الفُروعِ » ، إجْراءُ الخِلافِ في ذلك ، فإنَّه قال : وله السَّفَرُ بمالِه [٢/ كلامِه في « الفُروعِ » ، إجْراءُ الخِلافِ في ذلك ، فإنَّه قال : وله السَّفَرُ بمالِه [٢/ ١٤٤] ، خِلافًا « للمُجَرَّدِ » ، و « المُغْنِي » ، و « الكافِي » . وليس بمُرادٍ ؛ لأنَّه قطع في « الكافِي » ، و « المُغْنِي » بجَوازِ السَّفَرِ به للتِّجارَةِ ، ومنَع مِنَ السَّفَرِ به لغيرِها .

قوله: والمُضارَبَةُ به. يعْنِي ، أَنَّ للوَلِيِّ أَنْ يَبِيعَ ويَشْتَرِيَ فِي مَالِ المُوَلَّى عليه ، بلا نِزاعٍ . لكِنْ لا يَسْتَحِقُّ أُجْرَةً ، بل جميعُ الرَّبْحِ للمُولَّى عليه . على الصَّحيحِ مِنَ المُذهبِ . قَالَ فِي « الفُروعِ » : وإنِ اتَّجَرَ بنَفْسِه ، فلا أُجْرَةَ له في الأصحِّ . وجزَم به في « الكافِي » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيز » .

١) في م : « وهو قول الجمهور » .

⁽٢) تقدم تخريجه في ١٥١/٧ .

⁽٣) في الأصل: ﴿ عمرو ﴾ .

وأخرج الموقوف البيهقى ، فى : باب من تجب عليه الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وباب تجارة الوصى بمال اليتيم إقراضه ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢/٦ ، ١٧/٤ . والدارقطنى، فى: باب وجوب الزكاة فى مال الصبى أو اليتيم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارقطنى ١١٠/٢ .

⁽٤) في م: ﴿ أَحَفَظُ ﴾ .

الشرح الكبير ﴿ ورِبْحِه ، كَمَا يَفْعَلُه البالِغُون في أَمْوالِهِم . إِلَّا أَنَّه لا يَتَّجرُ إِلَّا في المَواضِعرِ الآمِنَةِ ، ولا يَدْفَعُه إلَّا إلى الأُمَناءِ ، ولا يُغَرِّرُ به ، وقد رُويَ عن عائشةَ أنُّها أَبْضَعَتْ مالَ محمدِ بن أبي بكْر في البَحْرِ . فيَحْتَمِلُ أَنَّه كان في مَوْضِعٍ مَأْمُونٍ قَرِيبٍ مِن السَّاحِلِ ، ويَحْتَمِلُ أَنَّها جَعَلَتْ ضَمانَه عليها إن هَلَك .

١٩٤٩ - مسألة : ﴿ وَالرِّبْحُ كُلُّهُ لَلْيَتِيمَ ﴾ يَعْنِي إِذَا اتَّجَرَ الْوَلِيُّ (١) بنَفْسِه . وأجاز الحَسَنُ بنُ صالِحٍ ، وإسحاقُ ، أن يَأْخُذَ الوَصِيُّ مُضارَبَةً لَنَفْسِه ؟ لأَنَّه جاز له أَن يَدْفَعَه بذلك ، فجاز أَن يَأْخُذَه بذلك له . ويَتَخَرُّجُ لَنا مِثْلُ ذلك ، كَمَا قُلْنا في الشَّرِيكِ إذا فَعَلَ بنَفْسِه ما يَجُوزُ له الإِجارَةُ عليه ،

الإنصاف وقدَّمه في « المُغنِي » . وصحَّحه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاويَيْن » . وقيل : يَسْتَحِقُ الأَجْرَةَ . وهو تَخْرِيجٌ في ﴿ المُغْنِي ﴾ وغيرِه مِنَ الأَجْنَبِيِّ. واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . ذكرَه عنه في ﴿ الفائقِ ﴾ . قلتُ : وهو قَويٌّ .

قوله : وله دَفْعُه مُضَارَبَةً . هذا الصَّحيحُ مِنَ المَذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يجوز .

قوله : بجُزْءِ مِنَ الرِّبْحِ ِ . هو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . وجزَم به ف « الوَجيزِ » ، و « الكافِي » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروعِ ِ » وغيرِه . وقيل : بأُجْرَةِ مثلِه . وقيل : بأُقلِّهما . انْحتارَه ابنُ عَقِيلٍ .

⁽١) سقط من: الأصل، م.

فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ فِي أَحَدِ الوَّجْهَين ، كذلك هذا . وبه قال أبو حَنِيفَةَ . ''والصَّحِيحُ ما قُلْناه ؛ لأنَّ الرِّبْحَ نَماءُ مالِ اليَتِيمِ ، فلا يَسْتَحِقُّه غيرُه إلَّا - عَقْدِ ، ولا يَجُوزُ أَن يَعْقِدَ الولُّ المُضارَبَةَ لنَفْسِه · .

• ١٩٥ - مسألة : فأمّا إن دَفَعَه إلى غيره ، فللمُضارِبِ ما جَعَل له الوَلِيُّ ووافَقَه عليه [١٢٣/٤] في قَوْلِهم جَمِيعًا ؛ لأنَّ الوَصِيُّ نائِبٌ عن اليَتِيمِ فيما فيه مَصْلَحَتُه ، وهذا فيه مَصْلَحَتُه ، فأَشْبَهَ تَصَرُّفَ المالِكِ في ماله.

فصل : وله إبْضاعُ مالِه ، وهو دَفْعُه إلى مَن يَتَّجرُ به . والرِّبْحُ كلُّه لليَتِيمِ ؛ لأَنَّه إذا جاز دَفْعُه بجُزْءِ مِن رِبْحِه ، فدَفْعُه إلى مَن يُوَفِّرُ الرِّبْحَ أَوْلَى . ١٩٥١ – مسألة : (و) يَجُوزُ له (بَيْعُه نَساءً) إذا كان له الحَظُّ في ذلك ؛ فإنَّه قد يكونُ أَكْثَرَ ثَمَنًا وأَنْفَعَ ، لكنْ يَحْتَاطُ على الثَّمَنِ ، بأن يَأْخُذَ بِهِ رَهْنًا أَو كَفِيلًا مَوْثُوقًا بِهِ (٢) ، يَتَحَفَّظُ الثَّمَن بِهِ .

قوله: وبَيْعُه نَسَاءً. هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، بشَرْطِ أَنْ يكونَ فيه مَصْلَحَةٌ . الإنصاف قال في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ : وله بَيْعُه نَساءً على الأصحِّ . قال في ﴿ الوَجيزِ ﴾ : وبَيْعُه نَساءً مَلِيثًا برَهْن يَحْفَظُه . وجزَم به في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ النَّهَبِ »، و « المُسْتَـوْعِبِ »، و « الخُلاصَـةِ »، و « المُغْنِــى »، و «المُحَرَّرِ»، و «الشَّرْحِ»، و «الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وعنه ، ليس له ذلك.

⁽١ - ١) جاء هذا في الأصل بعد قوله : ﴿ فجاز أَن يأخذه بذلك له ﴾ في الصفحة السابقة .

⁽٢) سقط من : م .

النَّرِيم حَظَّله ، لم يَجُزْ ، وإن كان في قَرْضِه حَظَّ لليَتِيم ، جاز . قال اليَتِيم حَظَّ لليَتِيم ، جاز . قال اليَتِيم حَظَّ لليَتِيم ، ويُقْرِضُ على أَحْمَدُ : لا يُقْرِضُ مالَ اليَتِيم لأَحَدٍ يُرِيدُ مُكافَأتَه ومَوَدَّتَه ، ويُقْرِضُ على النَّظَرِ والشَّفَقَة ، كا صنعَ ابنُ عُمَرَ . وقيل لأحمد : (ابنُ عُمَرَ) اقْتَرضَ (النَّظَرِ والشَّفَقة ، كا صنعَ ابنُ عُمَرَ . وقيل لأحمد : (ابنُ عُمَرَ) اقتَرضَ مالَ اليَتِيم مالَ اليَتِيم . قال : إنَّما اسْتَقْرَضَ نَظَرًا لليَتِيم واحْتِياطًا ، إن أصابَه شيءٌ مالَ اليَتِيم . قال القاضي : ومَعْنَى الحَظِّ أن يكونَ للصَّبِيِّ مالٌ في بَلَدٍ ، فيُرِيد نَقْلِه المَلاكَ مِن الغَرِ في نَقْلِه ، أو يَخافَ عليه الهَلاكَ مِن نَهْبِ يَقْصِدُ بذلك حِفْظَه مِن الغَرَرِ في نَقْلِه ، أو يَخافَ عليه الهَلاكَ مِن نَهْبِ يَقْصِدُ بذلك حِفْظَه مِن الغَرَرِ في نَقْلِه ، أو يَخافَ عليه الهَلاكَ مِن نَهْبِ

الإنصاف

قوله: وقَرْضُه . يجوزُ قَرْضُه لمَصْلَحَةٍ . على الصَّحيح مِنَ المَهْرِ الله ، نصَّعليه . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . قال في « الوَجيزِ » : ولمَصْلَحَةٍ يُقْرِضُه . قال في « الفُروع ِ » : وله قَرْضُه ، على الأصحِّ ، لمَصْلَحَةٍ . قال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وله قَرْضُه على الأصحِّ مَلِيئًا . وجزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « المُدْهَبِ » ، و « المُدنَّهَبِ » ، و « المُدنَّهِ » ، و « الكافِي » ، و « المُستَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفَعْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائق » ، و « الفائق » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : يُقْرِضُه لحاجَةِ سَفَرٍ ، أو خَيْرِهُما ، وعنه ، لا يُقْرِضُه مُطْلَقًا .

قوله: برَهْنٍ . هذا أحدُ الوَجْهَيْن . جزَم به في ﴿ الهِدايَةِ ﴾ ، و ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ،

⁽۱ – ۱) فی ر ۱ : « عمر » .

⁽٢) فى الأصل : « أقرض » .

الإنصاف

و « النّظم »، و « الحُلاصة »، و « الهادِى »، و « الهادِى »، و « الرّعايتيْن »، و « النّظم »، و « الخاوِيَيْن »، وغيرِهم . واختارَه ابنُ عَبْدُوس في « تَذْكِرَتِه »، فقال : يُقْرِضُه برَهْن . قال ناظِمُ « المُفْرَدَاتِ » : قطع به في « المُغْنى » . قال في « الفُروع » : وسِياقُ كلامِهم ، لحَظّه . وقال في « الفُروع » : وسِياقُ كلامِهم ، لحَظّه . وقال في « المُسْتَوْعِبِ » : وفي قَرْضِه برَهْن وإشهاد روايتان . وقال في « التَّرْغِيبِ » : وفي قَرْضِه برَهْن والصَّحيحُ مِنَ المذهب ، جَوازُ قَرْضِه للمَصْلَحَة ، مواءً كان برَهْن ، أو لا ، وجزَم به في « الوَجيز » . وقدَّمه في « الشَّرْح » ، و « الفُروع » . قال في « المُحَرَّر » : ويَمْلِكُ قَرْضَه . قال في « الكافِي » : فإنْ لم يأخذ رَهْنَا ، جازَ في ظاهر كلامِه . واقتَصرَ عليه . وأطلقهما في « الفائق » . فإنْ

الشرح الكبير ظاهِر كلام أحمد ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ مَن يَسْتَقْر ضُه لحَظِّ النِّتِيم لا يَبْذُلُ رَهْنًا ، فَاشْتِرَاطُ الرَّهْنِ يُفَوِّتُ هذا الحَظَّ . وظاهِرُ كلام شيخِنا في الكِتابِ(١) الْمَشْرُوحِ ، أَنَّه لا يَجُوزُ (ْإِلَّا برَهْنِ ' َ . وكذلك ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ فيه احْتِياطًا للمال ، (وحِفْظًا له عن الجَحْدِ والمَطْل . فإن أَمْكَنَه أَخْذُ الرَّهْن ، فالأوْلَى له أُخذُه ، احْتِياطًا للمال ' . فإن تَرَكَه، احْتَمَلَ أن يَضْمَنَ إِن ضاع المالُ؛ لتَفْرِيطِه، واحْتَمَلَ أَن لا يَضْمَنَ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ سَلامَتُه. وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ؛ لكَوْنِه لم يَذْكُرِ الرَّهْنَ. [١٢٣/٤]

فوائد ؛ الأُولَى ، قال في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » : فاإِنْ أَمْكَنَ أَخْذُ الرَّهْن ، فالأَوْلَى له أُخْذُه احْتِياطًا ، فإنْ ترَكَه ، احْتَمَلَ أَنْ يَضْمَنَ إِنْ ضاعَ المالُ ؟ لْتَفْرِيطِه . واحْتَمَلَ أَنْ لا يَضْمَنَ ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ سَلامَتُه . وهذا ظاهرُ كلامِ الإمام أَحْمَدَ ؛ لَكُوْنِه لِم يَذْكُرِ الرَّهْنَ . قلتُ : إِنْ رأَى المَصْلَحَةَ وأَقْرَضَه ، ثم تَلِفَ ، لم يَضْمَنْ . وأَطْلَقهما في « الفائقِ » . الثَّانيةُ ، يجوزُ إيداعُه مع إمْكانِ قَرْضِه . ذكرَه في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ﴾ . قال في ﴿ الفُروعِ ﴾ : فظاهِرُه ، متى جازَ قَرْضُه ، جازَ إيداعُه . وظاهِرُ كلامِ الأَكْثَرِ ، يجوزُ إيداعُه ؛ لقَوْلِهِم : يتَصَرَّفُ بالمَصْلَحَةِ . وقد يَراه مَصْلَحَةً ، ولهذا جازَ – مع إمْكانِ قَرْضِه – أَنْ يَمْلِكُه الشُّرِيكُ ، في إحْدَى الرِّوايتَيْن ، دُونَ القَرْضِ ؛ لأنَّه تَبرُّعٌ ، والوَدِيعَةُ اسْتِنابَةٌ في حِفْظٍ . لاسِيَّما إِنْ جَازَ للوَكِيلِ التَّوْكِيلُ . وَلَهْذَا يَتَوَجَّهُ فِي المُودِعِ رِوايَةٌ ، ويتَوَجَّهُ أيضًا في قَرْضِ الشُّرِيكِ رِوايَةٌ . قال : وقال في ﴿ الكافِي ﴾ : لا يُودِعُه إلَّا لحاجَةٍ ، ويُقْرِضُه لحَظُّه بلا رَهْن ِ ، وأنَّه لو سافَرَ أوْدَعَه ، وقَرْضُه أَوْلَى . انتهي . الثالثةُ ،

⁽١) في م: ﴿ هذا الكتاب ، .

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

وَشِرَاهُ الْعَقَارِ لَهُمَا ، وَبِنَاؤُهُ بِمَا جَرَتْ عَادَةُ أَهْل بَلَدِهِ بِهِ ، إِذَا رَأَى النس الْمَصْلَحَةَ فِي ذَلِكَ كُلُّهِ .

فصل: قال أبو بكر: هل يَجُوزُ للوَصِيِّ أَن يَسْتَنِيبَ فيما يَتَوَلَّى مِثْلَه الشرح الكبير بَنَفْسِه ؟ على رِوايَتَيْن ، بِناءً على الوَكِيلِ . وقال القاضي : يَجُوزُ ذلك للوَصِيِّ ، وفي الوَكِيلِ رِوايَتان . وفَرَّقَ بينَهما بأنَّ الوَكِيلَ يُمْكِنُه الاسْتَثْذَانُ ، والوَصِيُّ بَخِلافِه .

> ١٩٥٣ – مسألة : (و) له (شِراءُ العَقارِ لهما ، وبناؤُه بما جَرَتْ عادَةُ أَهْلِ بَلَدِه به ، إذا رَأى المَصْلَحَةَ في ذلك كلِّه) لأنَّه مَصْلَحَةٌ له ، فإِنَّه يَحْصُلُ له الفَصْلُ ، ويَبْقَى الأصْلُ ، والغَرَرُ فيه أَقَلَّ مِن التِّجارَةِ ؛ لأنَّ أَصْلَه مَحْفُوظً .

حيثُ قُلْنا : يُقْرِضُه . فلا يُقْرِضُه لمَوَدَّةٍ ومُكافَأَةٍ . نصَّ عليه . الرَّابعَةُ ، قال في « الزُّعايَةِ الكُبْرَى » وغيرِه : ولا يقْتَرِضُ وَصِيٌّ ولا حاكِمٌ منه شيئًا . ويأْتِي ''في باب الشُّفْعَةِ ، أنَّه ' كَلْزَمُه أَنْ يَأْخُذَ بالشُّفْعَةِ إذا كان ذلك أَحَظَّ . الخامسةُ ، يجوزُ رَهْنُ مالِهِما للحاجَةِ عندَ ثِقَةٍ ، وللأبِ أَنْ يَرْتَهِنَ مالَهِما مِن نَفْسِه ، ولا يجوزُ لغيرِه ، على المذهبِ . وفي ﴿ المُغْنِي ﴾ رِوايَةٌ ، بالجَوازِ لغيرِه . قال الزَّرْكَشِيُّ : وفيها نَظَرٌ .

> قوله : وشِراءُ العَقارِ لهما ، وله بِناؤُه بما جَرَتْ عادَةُ أَهْل بَلَدِه به . هكذا قال المُصَنّفُ في « المُغْنِي » ، و « الشّرح ِ » ، وصاحِبُ « الرّعايتَيْن » ، و « الحاويَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرُهم . قال المُصَنِّفُ [٢/ ١٤٣/ و] ، والشَّارِحُ : وقال أصحابُنا : يَيْنِيه بالآجُرِّ والطِّينِ ، ولا

⁽١- ١) في الأصل ، ط: « في الشفيع أن » .

فصل : ويَجُوزُ له أَنْ يَيْنِيَ لهما عَقارًا ؛ لأنَّه في مَعْنَبي الشِّراءَ ، ﴿إِلَّا أَن يكونَ الشِّراءُ ' أَحَظُّ ، وهو مُمْكِنٌ ، فَيَتَعَيَّنُ تَقْدِيمُه . وإذا أراد بناءَه ، بَناه بما يَرَى الحَطَّ فيه ، ممَّا جَرَتْ عادَةُ أَهْلِ البَلَدِ به . وقال أَصْحابُنا : يَبْنِيهِ بِالآجُرِّ وِالطِّينِ ، ولا يَبْنِي بِاللَّبِن ؛ لأنَّه إذا هُدِم لا مَرْجُوعَ له ، و لا بجصٌّ ؛ لأنَّه يَلْتَصِقُ بالآجُرِّ فلا يَخْلُصُ منه ، فإذا انْهَدَمَ فَسَد الآجُرُّ ؛ لأَنَّ تَخْلِيصَه منه يُفْضِي إلى كَسْرِه . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ . والذي قَلْناه أُوْلَى ، إِن شَاء اللهُ ، فإِنَّه إِذَا كَانَ الْحَظَّ لَه في البناء بغيرِه ، فَتَرَكَه ، ضَيَّعَ حَظُّه ومالَهُ ، ولا يَجُوزُ تَصْبِيعُ الحَظِّ العاجِلِ وتَحَمُّلُ الضَّرَرِ النَّاجِزِ المُتَيَقُّنِ ؛ لتَوَهُّم مَصْلَحَة بَقاءِالآجُرِّ عندَهَدُم البِناءِ ، ولعَلَّ ذلك لا يكونُ في حَياتِه ولا يَحْتاجُ إليه ، مع أنَّ كَثِيرًا مِن البُلْدانِ لا يُوجَدُ فيها الآجُرُّ ، وكَثِيرٌ منها لم تَجْرِ عادَتُهم بالبِناءِ به ، فلو كُلُّفُوا البِنَاءَ به ، لاحْتاجُوا إلى غَرامَةٍ كَثِيرَةٍ لا يَحْصُلُ منها طائِلٌ . فعلى هذا ، يُحْمَلُ قولُ أَصْحابنا على مَن عادَتُهم البِناءُ بالآجُرِّ ، كالعِراقِ ونَحْوِها ، ولا يَصِحُّ حَمْلُه في حَقِّ غيرِهم ، وإنَّما يَفْعَلُ ما ذَكَرْنا مِن الشِّراءِ والبِناءِ ، إذا رَأَى المَصْلَحَةَ فيه والحَظ لهما.

الإنصاف يَبْنِيه باللَّبِنِ . وحمَلا كلامَهم على مَن عادَتُهم ذلك ، وهو أَوْلَى . وأَجْرَاه في « الفائق » على ظاهرِه ، وجعَل الأوَّلَ اخْتِيارَ المُصَنِّف .

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

عليه) إذا كان له مالٌ كَثِيرٌ لا يَتَضَرَّرُ بشِرائِها ، فيكونُ ذلك على وَجْهِ عليه) إذا كان له مالٌ كَثِيرٌ لا يَتَضَرَّرُ بشِرائِها ، فيكونُ ذلك على وَجْهِ التَّوْسِعَةِ في النَّفَقَةِ في هذا اليَوْمِ الذي هو يومُ عيدٍ وفَرَحٍ ، وفيه جَبْرُ قَلْبِه ، وإلْحاقُه بمَن له أَبٌ ، فيُنزَّلُ مَنْزِلَة الثِّيابِ الحَسَنةِ وشِراءِ اللَّحْمِ ، سِيَّما مع اسْتِحْبابِ التَّوْسِعَةِ في هذا اليَوْمِ ، وجَرْي العادَةِ بها(١) ؛ بدَلِيلِ قولِ النبيِّ عَيْفِيلٍ : ﴿ إِنَّهَا أَيَّامُ أَكُلٍ وَشُرْبٍ وَذِكْرِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ » . رَواه مسلمٌ (١) . وهذا قولُ أبى حَنِيفَةَ ، ومالِكٍ . قال مالِكُ : إذا كان له ثَلاثُون مسلمٌ (١) . وهذا قولُ أبى حَنِيفَةَ ، ومالِكٍ . قال مالِكُ : إذا كان له ثَلاثُون مينارًا ، يُضَحِّى عنه بالشّاةِ بنِصْفِ دِينارٍ . وعن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، رِوايةٌ أَخْرَى ، (٣ أَنَّ ذلك ٢) لا يَجُوزُ . وهو مَذْهَبُ الشافعيّ ؛ لأنَّه إخراجُ شيءٍ مِن مالِه بغيرِ عِوضٍ ، فلم يَجُزْ ، كالهَدِيَّةِ . قال شيخُنا(١) : ويَحْتَمِلُ أن

الإنصاف

قوله: وله شِراءُ الأَضْحِيةِ لليَتِيمِ المُوسِرِ. نَصَّ عليه. وهو المذهبُ. يعْنِي ، يُسْتَحَبُّ له شِراؤُها. قال في « الفُروعِ »: والتَّضْحِيةُ له على الأَصَحِّ. وجزَم به في « الوَجيزِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِيَيْن » هنا. وقدَّمه في « المُغنِي »، و « الشَّرْحِ »، و « النَّظْمِ ». وعنه ، لا يجوزُ له ذلك. قال المُصنِفُ في « المُغنِي »: يَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كلامُ أَحمدَ في الرِّوايتَيْن على حالَيْن ؛ فالمَوْضِعُ الذي منع منه ، إذا كان الطِّفلُ لا يَعْقِلُ التَّضْحِيَةَ ، ولا يَفْرَحُ بها ، ولا

⁽١) سقط من : م .

⁽۲) تقدم تخریجه فی ۹٤٣/۷ .

⁽٣ - ٣) سقط من : م .

⁽٤) فى : المغنى ٣٧٨/١٣ ، ٣٧٩ .

الشرح الكبر أيحمَلَ كلامُ أحمدُ في الرِّوايَتَيْن على حالَيْن ، فالمَوْضِعُ الذي مَنَع التَّضْحِية ، إِذَا كَانَ الطُّفْلُ لَا يَعْقِلُ التَّضْحِيَةَ ، [١٢٤/٤] وَلَا يَفْرَحُ بَهَا ، وَلَا يَنْكَسِرُ قَلْبُه بَتُرْكِها ؛ لَعَدَم الفائِدَةِ فيها ، والمَوْضِعُ الذي أجازَها إذا كان اليَتِيمُ يَعْقِلُها ، ويَنْجَبرُ قَلْبُه بها ، ويَنْكَسِرُ بتَرْكِها ؛ لحُصُول الفائِدَةِ فيها . وعلى كلِّ حالٍ ، مَن ضَحَّى عن اليِّتيم ، لم يَتَصَدَّقْ بشيءِ منها ، ويُوَفِّرُها لنَفْسِه ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ الصَّدَقَةُ بشيءِ مِن مال اليِّتِيم تَطَوُّعًا .

فصل : ومتى كان خَلْطُ مال اليَتِيم أَرْفَقَ به ، وأَلْيَنَ في الجَبْر ، وأَمْكَنَ في حُصُولِ الأَدْم ، فهو أَوْلَى . وإن كان إِفْرادُه أَرْفَقَ به ، أَفْرَدَه ؟ لقول اللهِ تِعالى : ﴿ وَيَسْلُونَكَ عَنِ ٱلْيَقَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلمُصْلِحِ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ﴿ (١) . أَى ضَيَّقَ عليكم وشَدَّدَ ، مِن قَوْلِهم : أَعْنَتَ فُلانٌ فُلانًا . إذا ضَيَّقَ عليه و شُدَّدَ .

الإنصاف يَنْكَسِرُ قَلْبُه بَتَرْكِها . والمَوْضِعُ الذي أجازَها ، عَكْسُ ذلك . انتهي . وذكَرَه في « النَّظْمِ » قَوْلًا . وأَطْلَقَ الرِّوايتَيْن في « المُسْتَوْعِب » ، و « الرِّعايةِ » ، في باب الْأَضْحِيَةِ . وذكَر في ﴿ الانْتِصارِ ﴾ ، عن أحمدَ ، تجِبُ الْأَضْحِيَةُ عن ِ اليَتيم المُوسِرِ . فعلى المذهبِ ، يَحْرُمُ عليه الصَّدَقَةُ منها بشيءٍ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ ، وغيرُهم . فيُعانِي بها . قلتُ : ولو قيلَ بجَوازِ التَّصَدُّق منها بما جَرَتِ العادَةُ به ، لكان مُتَّجِهًا ، على ما تقدُّم التَّنبِيهُ عليه في بابِه .

⁽١) سورة البقرة ٢٢٠ .

وَتَرْكُهُ فِي الْمَكْتَبِ ، وَأَدَاءُ الْأُجْرَةِ عَنْهُ ، وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُمَا إِلَّا اللَّهُ لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ، وَهُوَ أَنْ يُزَادَ فِي ثَمَنِهِ الثُّلُثُ فَصَاعِدًا .

• ١٩٥٥ – مسألة : (و) يَجُوزُ (تَرْكُه في المَكْتَب ، وأَدَاءُ الأُجْرَةِ عنه) بغيرِ إِذْنِ الحاكِم ِ . وحُكِيَ لأَحمدَ قولُ سُفْيانَ : لا يُسَلِّمُ الوَصِيُّ الصَّبِيَّ إِلَّا بِإِذْنِ الحاكِم . فأنْكَرَ ذلك ؛ وذلك لأنَّ المَكْتَبَ مِن مَصالِحِه ، فَجَرَى مَجْرَى نَفَقَتِه لَمَأْكُولِه ومَلْبُوسِه . وكذلك يَجُوزُ أن يُسَلِّمَه في صِناعَةٍ ، إذا كانت مَصْلَحَتُه في ذلك ؛ لِما ذكر ناه .

١٩٥٦ – مسألة : ﴿ وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُمْ إِلَّا لَضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ؛ وَهُو أَن يُزادَ في ثَمَنِه الثُّلُثُ فصاعِدًا ﴾ وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُ عَقارهم لغير حاجَةٍ ؛ لأنَّنا نَأْمُرُه بالشِّراءِ ؛ لِما فيه مِن الحَظِّ ، فَبَيْعُه إِذَا تَفُوِيتَ

فائدتان ؟ إحْداهما ، له تَعْلِيمُه ما ينْفَعُه ، ومُداواتُه بأُجْرَةٍ ؟ لمَصْلَحَةٍ في ذلك ، الإنصاف وحْملُه بأُجْرَةٍ ليَشْهَدَ الجماعَةَ . قالَه في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ ، و ﴿ الفُصول ﴾ . واقْتَصَرَ عليه أيضًا في (الفُروع ِ) . قال في (المُذهَب) : له أنْ يأْذَنَ له بالصَّدَقَة بالشَّيء اليَسِيرِ . واقْتُصرَ عليه أيضًا في ﴿ الفُروعِ ﴾ . الثَّانيةُ ، للوَلِيِّ أَنْ يأْذَنَ للصَّغِيرَةِ أَنْ تَلْعَبَ باللَّعَبِ - إذا كانتْ غيرَ مُصَوَّرَةٍ - وشِراؤُها لها بمالِها . نصَّ عليهما ، وهذا المذهبُ . وقيل : مِن مالِه . وصحَّحه النَّاظِمُ في « آدابه » . وهما احْتِمالان مُطْلَقان في « التَّلْخيص » ، في باب اللِّباس .

> قوله : ولا يبيعُ عَقارَهم إلَّا لضَرُورَةٍ ، أو غِبْطَةٍ ، وهو أَنْ يُزادَ في ثَمَنِه الثُّلُثُ فصَاعِدًا . اشْترَطَ المُصَنِّفُ لجَواز بَيْع عقارهم وُجودَ أَحَدِ شَيْئَين ؟ إمَّا الضَّرُورَةُ ، وإمَّا الغِبْطَةُ . فأمَّا الصَّرُورَةُ ، فيجوزُ بَيْعُه لها ، بلا نِزاعٍ . ولكِنْ خصَّ القاضى

الشرح الكبير للحَظِّ (١) . فإنِ احْتِيجَ إلى بَيْعِه ، جاز . قال أحمدُ : يَجُوزُ للوَصِيِّ بَيْعُ الدُّورِ على الصِّغارِ ، إذا كان أَحَظَّ (٢) لهم . وبه قال الثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وأصْحَابُ الرَّأَي ، وإسحَاقُ ، قالُوا : يَبِيعُ إِذَا رَأَى الصَّلاحَ . قال القاضى : لا يَجُوزُ بَيْعُه إلَّا في مَوْضِعَيْن ؛ أَحَدُهما ، أن يكونَ به (٣) ضَرُورَةٌ إلى كُسْوَةٍ ، أو نَفَقَةٍ ، أو قَضاء دَيْن ، أو ما لا بُدَّ منه ، وليس له ما تَنْدَفِعُ به حاجَتُه . الثانِي ، أن يكونَ في بَيْعِه غِبْطَةٌ ؛ وهو أن يُبْذَلَ فيه زِيادَةٌ كثيرَةٌ على ثَمَنِ مثلِه . قال أبو الخَطَّابِ : كَالثُّلُثِ فَمَا زاد . أو يَخافُ عليه الهَلاكَ بغَرَقٍ أو خَرابِ أو نحوه . وهذا الذي ذَكَرَه شيخَنا في (الكِتابِ المَشْرُوحِ ؛) . وهو قَوْلٌ في مَذْهَب الشافِعِيِّ . وكَلامُ أحمدَ يَقْتَضِي إِباحَةَ البَيْعِ فِي كُلِّ (٥) مَوْضِع مِيكُونُ نَظَرًا (١) لهم ، ولا يَخْتَصُّ بما ذَكُرُوه ، فإنَّ الوَلِيَّ قد يَرَى الحَظُّ في غير هذا ، مثلَ أن يكونَ في مكانٍ (٧)

الإنصاف الضَّرُورَةَ باحْتِياجِهم إلى كُسْوَةٍ أو نَفَقَةٍ ، أو قَضاءِ دَيْن ي، أو ما لابُدُّ منه . وقال غيرُه : أو يَخافُ عليه الهَلاكَ بغَرَقِ أو خَرابِ أو نحوِه . ومَفْهومُ كلامِ المُصَنُّفِ، أَنَّه لا يجوزُ ، إذا لم تَكُنْ ضَرورَةٌ . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْن . اخْتارَه القاضي . وهو ظاهِرُ كلامِه في «الهِدايَةِ»، و «المُذْهَبِ»، و «مَسْبوكِ الندِّهَبِ»،

⁽١) بعده في ر ، ق : « فلا يجوز » .

⁽٢) في ر،ق: «نظرا».

⁽٣) في م: « فيه ».

⁽٤ - ٤) في م: « المقنع ».

⁽٥) سقط من : الأصل .

⁽٦) النَّظَر : الإعانة ، ويُعَدَّى باللام . تاج العروس (ن ظ ر) .

⁽٧) في الأصل : « موضع » .

لا يَنْتَفِعُ به ، أو نَفْعُه قَلِيلٌ ، فيَبيعُه ويَشْتَرى له في مَكانِ يَكْثُرُ نَفْعُه ، أو يَرَى شيئًا في شِرائِه غِبْطَةٌ لا يُمْكِنُه شِراؤُه إِلَّا بَبَيْعِ ِ عَقارِه ، وقد تكُونُ [٤/٢٤/٤] دارُه بمَكانٍ يتَضَرَّرُ الغُلامُ بالمُقامِ فيها ؟ لسوءِ الجوارِ أو غيره ، فيَبيعُها ويَشْتَرى له بثَمَنِها دارًا يَصْلُحُ له المُقامُ بها ، وأشْباهُ هذا ممّا لا يَنْحَصِرُ . وقد لا يكونُ له حَظَّ في بَيْع ِ(') عَقارِه وإن دُفِعَ مِثْلَا ثَمَنِه ؛ إمَّا لحاجَتِه إليه ، وإمَّا لأنَّه لا يُمْكِنُ صَرْفُ ثَمَنِه في مِثْلِه ، فيَضِيعُ الثَّمَنُ ولا يُبارَكُ فيه ، فقد جاء عن النَّبيِّ عَلَيْكُ : ﴿ مَنْ بَاعَ دَارًا أَوْ عَقَارًا ، وَلَمْ يَصْرِفْ ثَمَنَه فِي مِثْلِهُ ، لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهِ ﴾(١) . فلا يَجُوزُ بَيْعُه إذًا ، فلا مَعْنَى لتَقْييدِه بما ذَكَرُوه في الجَوازِ ولا في المَنْع ِ ، بل متى كان الحَظُّ في بَيْعِه جاز ، وما لا فلا . وهذا اخْتِيارُ شَيْخِنا " . وهو الصَّحِيحُ ، إن شاء اللهُ تَعالى .

و « الخُلاصَةِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، وغيرهم ، الإنصاف وكلامُهم ككَلام المُصَنِّف . وقدَّمه في « الرِّعايةِ الكُبْري » . والصَّحيحُ مِنَ المذهب ، جَوازُ بَيْعِه إذا كان فيه مَصْلَحَةً . وهو ظاهِرُ كلام الإمام أحمدَ . واختارَه المُصَنُّفُ في غيرِ هذا الكِتابِ ، واخْنارَه الشَّارِحُ ، ومالَ إليه في « الرَّعايةِ

⁽١) سقط من: الأصل.

⁽٢) أخرجـه ابن ماجه ، في : باب من باع عقاراً و لم يجعل ثمنه في مثله ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣٢/٢ . والدارمي ، في : باب في من باع دارا فلم يجعل ثمنها في مثلها ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٧٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٣٠٧ .

⁽٣) في : المغنى ٣٤١/٦ .

الله وَإِنْ وَصَّى لِأَحَدِهِمَا بِمَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَلَا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ لِإعْسَار الْمُوصَى لَهُ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَجَبَ عَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُ الْوَصِيَّةِ ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ لَهُ قَبُولُهَا .

فَصْلٌ : وَمَنْ فُكَّ عَنْهُ الْحَجْرُ ، فَعَاوَدَ السَّفَهَ ، أُعِيدَ الْحَجْرُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

١٩٥٧ - مسألة : ﴿ وَإِنْ وَصَّى لأَحَدِهما بِمَن يَعْتِقُ عليه و لا تَلْزَمُه نَفَقَتُه ، لإغسارِ المُوصَى له أو غير ذلك ، وَجَب على الوَلِيِّ قَبُولُ الوَصِيَّةِ) لأنَّه مَصْلَحَةٌ ليس فيها ضَرَرٌ ، وإن كان تَلْزَمُه نَفَقَتُه (لم يَجُزْ له قَبُولُها) لِما فيه مِن الضَّرَرِ بتَفُويتِ مالِه بالنَّفَقَةِ عليه .

فصل: قال، رَحِمَه اللهُ: (ومَن فُكَّ عنه الحَجْرُ، فعاوَدَ السَّفَهَ، أُعِيدَ الحَجْرُ عليه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المَحْجُورَ عليه إذا فُكَّ عنه الحَجْرُ لرُشْدِه

الإنصاف الكُبْرى » . قال النَّاظِمُ : هذا أَوْلَى . وقدَّمه في « الفُروعِ » . وأمَّا الغِبْطَةُ ، فيَجوزُ بَيْعُه لها ، بلا نِزاع م لكِن اشْتَرطَ المُصَنِّفُ : أَنْ يُزَادَ في ثمنِه الثُّلُثُ فصَاعِدًا . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْن . وجزَم به في ﴿ الهِدايةِ ﴾ ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ الهادِي ﴾ ، و ﴿ الحَاوِيَيْنِ ﴾ . وقال القاضى : بزِيادَةٍ كثيرةٍ ظاهِرَةٍ على ثُمَنٍ مِثْلِه . و لم يُقَيِّدُه بالثُّلُثِ ولا غيرِه . وقدَّمه في ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ بَيْعِه ، إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةً . نصَّ عليه ، كما تقدُّم ، سواءٌ حصَل زِيادَةً أَوْ لا . اخْتَارَه المُصَنِّفُ، والشَّارِحُ، والشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ، والنَّاظِمُ. قال في « الرِّعايةِ الكُبْرى » : هذا نصُّه . ومالَ إليه . وقدَّمه في « الفُروع ِ » ، و « الفائقِ » .

قوله : ومَن فُكَّ عنه الحَجْرُ فعاوَدَ السَّفَهَ ، أُعِيدَ عليه الحَجْرُ . بلا نِزاع . و نقَلَه

وبُلُوغِه ، ودُفِع إليه مالُه ، ثم عاد إلى السَّفَهِ ، أُعِيدَ عليه الحَجْرُ . وبه قال الشرح الكبير القاسِمُ بنُ محمدٍ ، ومالِكٌ ، والأوْزَاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يُبْتَدَأُ الحَجْرُ على بالِغ عاقِل ، وتَصَرُّفُه نافِذٌ . رُوى ذلك عن ابن سِيرينَ ، والنَّخَعِيُّ ؛ لأَنَّه مُكَلَّفٌ ، فلا يُحْجَرُ عليه ، كالرَّشِيدِ . ولَنا ، مارَوَى عُرْوَةُ بنُ الزُّبَيْر ، أَنَّ عبدَ اللهِ بِنَ جَعْفَرِ ابْتاعَ بَيْعًا ، فقال عليٌّ : لآتِيَنَّ عُثْمانَ ليَحْجُرَ عليك . فأتَى عبدُ الله بنُ جَعْفَر الزُّبَيْرَ ، فقال : قد ابْتَعْتُ بَيْعًا ، وإنَّ عَلِيًّا يُريدُ أن يَأْتِيَ أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ عُثْمانَ فيَسْأَلُه الحَجْرَ عَلَيٌّ . فقال الزُّبَيْرُ : أنا شَريكُكَ في البَيْع ِ . فأتَى عليٌّ عُثْمانَ ، فقال : إنَّ ابنَ جَعْفَرٍ قد ابْتاعَ بَيْعَ كذا ، فَاحْجُرْ عَلَيْهِ . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكُه فِي البَيْعِرِ . قَالَ عَيْمَانُ : كَيْفَ أَحْجُرُ على مَن شَريكُه الزُّبَيْرُ(١) ؟ قال أحمدُ : لم أَسْمَعْ هذا إِلَّا مِن أَبِي يُوسُفَ القاضِي . وهذه قَضِيَّةٌ يَشْتَهِرُ مِثْلُها ،و لم يُخالِفْها أَحَدٌ في عَصْرِهِم ، فتكُونُ إِجْمَاعًا . وَلَأَنَّهُ سَفِيةٌ ، فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ ، كَمَا لُو بَلَغَ سَفِيهًا ؛ فَإِنَّ العِلَّةَ التي اقْتَضَتِ الحَجْرَ عليه إذا بَلَغَ سَفِيهًا سَفَهُهُ ، وهو مَوْجُودٌ ، ولأنَّ السَّفَهُ لو قَارَنَ (٢) البُلُوغَ مَنَع دَفْعَ مالِه إليه ، فإذا حَدَث ، أَوْجَبَ انْتِزاعَ المالِ ، كالجُنُونِ . وفارَقَ الرَّشِيدَ ؛ فإنَّ رُشْدَه لو قارَنَ البُلُوغَ لم يَمْنَعْ دَفْعَ مالِه

الجماعة عن أحمد .

الإنصاف

⁽١) أخرجه البيهقي ، في : باب الحجر على البالغين بالسفه ، من كتاب الحجر . السنن الكبرى ٦١/٦ .

⁽٢) في الأصل : ﴿ فارق ، .

المتنع وَلَا يَنْظُرُ فِي مَالِهِ إِلَّا الْحَاكِمُ، وَلَا يَنْفَكُّ عَنْهُ الْحَجْرُ إِلَّا بِحُكْمِهِ. وَقِيلَ : يَنْفَكُّ بِمُجَرَّدِ رُشْدِهِ .

الشرح الكبير إليه . إذا ثَبَتَ ذلك ، فلا يَحْجُرُ عليه إلَّا الحاكِمُ . وبهذا [١٢٥/٤] قال الشافعيُّ . وقال محمدٌ : يَصِيرُ مَحْجُورًا عليه بمُجَرَّدِ تَبْذيره ؛ لأنَّ ذلك سَبَبُ الحَجْر ، فأشبه الجُنُونَ . ولَنا ، أنَّ التَّبْذِيرَ يَخْتَلِفُ ، ويُخْتَلَفُ فيه ، ويَحْتاجُ إلى الاجْتِهادِ ، فإذا افْتَقَرَ السَّبَبُ إلى الاجْتِهادِ ، لم يَثْبُتْ إلَّا بحُكْم حَاكِمٍ ، كَالْحَجْرِ عَلَى الْمُفْلِسِ ، وَفَارَقَ الْجُنُونَ ، فَإِنَّه لا يَفْتَقِرُ إِلَى الاجْتِهادِ ، ولا خِلافَ فيه .

١٩٥٨ - مسألة : (ولا يَنْظُرُ في مالِه إلَّا الحاكِمُ) لأنَّ الحَجْرَ عليه يَفْتَقِرُ إلى الحاكِم ، فكذلك النَّظَرُ في مالِه .

١٩٥٩ - مسألة : (ولا يَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ إِلَّا بِحُكْمِه) يَعْنِي إذا رَشَدَ احْتَاجَ فَكُ الحَجْرِ إِلَى حُكْمِ الحَاكِمِ . وبه قال الشافعيُّ (وقيل : يَنْفَكُّ بِمُجَرَّدِ رُشْدِه) قاله أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ سَبَبَ الحَجْرِ زال ، فيَزُولُ بزَوالِه ، كما في حَقِّ الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ . ولَنا ، أنَّه حَجْرٌ ثَبَت بحُكْم الحاكِم ، فلا يَزُولُ إِلَّا بحُكْمِه ، كالمُفْلِس ، ولأنَّ الرُّشْدَ يَحْتاجُ إلى

الإنصاف

قوله : ولا يَنْظُرُ في مالِه إلَّا الحاكِمُ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يَنْظُرُ فيه الحاكِمُ ، أو أَبُوه . قال ابنُ أَبِي مُوسى : حَجْرُ الأبِ على ابنِه البالغِ ِ السَّفِيهِ واجِبُّ على أُصُولِه ، حاكِمًا كان أو غيرَ حاكِم ٍ . وقيلَ : يَنْظُرُ فيه وَلِيُّه الأُوَّلُ ، كَا لُو بِلَغ سَفِيهًا . وقيل : إِنْ زالَ الحَجْرُ بِمُجَرَّدِ رُشْدِهِ بِلا حُكْم ، عادَ المقنع

تَأُمُّلِ وَاجْتِهَادٍ فِى مَعْرِفَتِه وزَوالِ تَبْذِيرِه ، فكان كَابْتِداءِ الحَجْرِ عليه . الشرح الكبر وفارَقَ الصَّبِيَّ والمَجْنُونَ ، فإنَّ الحَجْرَ عليهما بغيرِ حُكْمِ الحاكِمِ ، فيَزُولُ بغيرِ حُكْمِه ، ولأَنْنا لو وقَفْنا صِحَّةَ تَصَرُّفِ النّاسِ على الحاكِم ، كان أكثرُ النَّرُ النّاسِ مَحْجُورًا عليه . قال أحمدُ : والشَّيْخُ الكَبِيرُ يُنْكَرُ عَقْلُه ، يُحْجَرُ عليه عليه . بمَنْزِلَةِ المَجْنُونِ ؛ لأَنَّه عليه . يَعْجِرُ واجْدِ عليه ، بمَنْزِلَةِ المَجْنُونِ ؛ لأَنَّه يَعْجِرُ (ابذلك عن التَّصَرُّفِ فِي مالِه على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، وحِفْظِه ، يَعْجِرُ (ابذلك عن التَّصَرُّفِ فِي مالِه على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، وحِفْظِه ،

بالسُّفَهِ .

فأشْبَهَ الصَّبِيُّ والمَجْنُونَ .

الإنصاف

فائدة : لو جُنَّ بعدَ رُشْدِه ، فَوَلِيُّه الحاكِمُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : بل يَلِيه الأَبُ . ذكرَه في « الرِّعايةِ الكُبْرِي » . وقال في « الانتصارِ » : يَلِي على أَبُويْه المَجْنُونَيْن . ونقَل المَرُّوذِيُ ، أَرَى أَنْ يَحْجُرَ الابنُ على الأبِ إِذا أَسْرَفَ ، أَوَى أَنْ يَحْجُرَ الابنُ على الأبِ إِذا أَسْرَفَ ، أَو كان يضَعُ مالَه في الفَسادِ ، أو شِراء المُغَنِّياتِ .

قوله: ولا يَنْفَكُ الحَجْرُ إِلَّا بِحُكْمِه - هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال في « الفُروعِ » : يَفْتَقِرُ إِلَى حُكْم في الأصحِّ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا الصَّحيحُ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الشَّرْحِ » وغيرِه - وقيل : يَنْفَكُ عنه الحَجْرُ بمُجَرَّدِ رُشْدِه في الخَطَّابِ . وقيل : يَنْفَكُ عنه بمُجَرَّدِ رُشْدِه في عنه السَّفِيهِ ، فلا بُدَّ مِنَ الحُكْمِ بِفَكَّه [٢/ ١٤٣٤ ع] .

⁽١ - ١)في الأصل: « عن ذلك » .

الْهَ وَيُسْتَحَبُّ إِظْهَارُ الْحَجْرِ عَلَيْهِ ١٠١٥] وَإِلْاشْهَادُ عَلَيْهِ؛ لِتُجْتَنَبَ مُعَامَلَتُهُ. وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرٍ إِذْنِهِ. وَقَالَ الْقَاضِي: يَصِحُّ مِنْ غَيْرٍ إِذْنِهِ.

الشرح الكبير

• ١٩٦٠ - مسألة : (ويُسْتَحَبُّ إظْهَارُ الحَجْرِ عليه) وأَنْ يُشْهِدَ عليه الحاكِمُ ؛ ليَظْهَرَ أَمْرُه ، فتُجْتَنَبَ مُعامَلَتُه . وإن رَأَى أن يَأْمُرَ مُنادِيًا يُنادِى بذلك ؛ ليَعْرِفَه النّاسُ ، فَعَل . ولا يُشْتَرَطُ الإِشْهَادُ ؛ لأَنَّه قد يَنْتَشِرُ أَمْرُه لشُهْرَتِه .

1971 - مسألة : (ويَصِحُّ تَزْوِيجُه بإذْنِ وَلِيَّه) وبغيرِ إذْنِه . وهو قولُ أَبِي حَنِيفَة . واخْتارَه القاضى . وقال أبو الخَطّاب : لا يَصِحُّ بغيرِ إذْنِ وَلِيَّه . وهو قولُ الشافعيِّ ، وأَبى ثَوْرٍ ؛ لأَنَّه تَصَرُّفَّ يَجِبُ به مالٌ ، فلم يَصِحَّ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه ، كالشَّراءِ . ووَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّه عَقْدٌ غيرُ مالِيٍّ ، فصَحَّ فلم يَصْحَ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه ، كالشَّراءِ . ووَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّه عَقْدٌ غيرُ مالِيٍّ ، فصَحَّ منه ، كخُلْعِه وطَلاقِه ، وإنْ لَزِم منه المالُ ، فحصُولُه بطَرِيقِ الضِّمْنِ ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ التَّصَرُّف .

الإنصاف

تنبيه: مَفْهُومُ قُوْلِه: ويَصِحُ تَزَوُّجُه بإِذْنِ وَلِيَّه. أَنَّه لا يَصِحُّ بغيرِ إِذْنِه. وله حالتان ؛ إحْداهما ، أَنْ يكونَ مُحْتاجًا إلى الزَّواجِ ، فيصِحُّ تَزَوُّجُه بغيرِ إِذْنِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « الفُروعِ » : يصِحُّ في الأصحِّ . وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » . وقيل : لا يصِحُّ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وصاحِبِ « الهِدايةِ » ، و « المُسنَّفِ هنا ، وصاحِبِ « الهِدايةِ » ، و « المُسنَّف و قال المُسنَّف منا ، وغيرِهم ؛ لأنَّهم قالوا : يصِحُّ بإِذْنِه . وقال و « الحُلفِي » ، و غيرِهم ؛ لأنَّهم قالوا : يصِحُّ بإِذْنِه . وقال القاضي : يصِحُّ بغيرِ إِذْنِه . وأَطْلَقهما في « البُلغةِ » . والحالةُ الثَّانيةُ ، أَنْ لا يكونَ مُحْتاجًا إليه ، فلا يصِحُّ تَزَوُّجُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « الفُروعِ » :

فصل : وإن خالَعَ ، صَحَّ خُلْعُه ؛ لأنَّه إذا صَحَّ الطَّلاقُ ولا يَحْصُلُ الشرح الكبير منه شيءٌ ، فالخُلْعُ الذي يَحْصُلُ به المالْ أَوْلَى ، إِلَّا أَنَّ العِوَضَ لا يُدْفَعُ إليه ، وإن دُفِع إليه ، لم يَصِحَّ قَبْضُه . وقال القاضى : يَصِحُّ . وسَنَذْكُرُ ذلك

لم يصِحَّ في الأصحِّ . وجزَم به في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، في باب أَرْكانِ الإنصاف النِّكاحِ . وقدَّمه في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِي » ، و « الهادِي » ، وغيرِهم . وقيل : يصِحُّ . واخْتَارَه القاضي . وقدَّمه ابنُ رَزِين ٍ في ﴿ شَرْجِه ﴾ . قال في ﴿ الْوَجِيزِ ﴾ : ويصِحُّ تَزَوُّجُه . وأَطْلَقَ . وأَطْلَقهما في « البُلْغَةِ » .

> فوائد ؛ الأُولَى ، للوَلِيِّ تَرْوِيجُ السَّفِيهِ بغيرِ إِذْنِه ، إذا كانَ مُحْتاجًا إليه . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب . قال في ﴿ الفُروع ِ ﴾ : وله تَزْويجُ سَفِيهٍ بلا إِذْنِه ، في الأصحِّ . قال الشَّارحُ ، في باب أرْكانِ النِّكاحِ : قال أصحابُنا : يصِحُّ تَرْويجُه مِن غير إِذْنِه ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فملَكَه الوَلَّ ، كالبَيْع ِ . وكذا قال المُصَنَّفُ . وقيل: ليس له ذلك . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال في « الرِّعايةِ الكُبْري » : والمَنْعُ أَقْيَسُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقهما في « الرِّعايتَيْن » ، في باب النُّكَاحِ ِ . فعلى المذهبِ ، في إجْبارِه وَجْهان . وأَطْلَقهما في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ ، و ﴿ البُّلْغَةِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِي الصَّغِيرِ ﴾ ، في النِّكاحِ . قلتُ : الأُوْلَى الإِجْبارُ إذا كان أَصْلَحَ له . وقال ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِه » ، في النِّكاحِ : والأَظْهَرُ أَنَّه لايُجْبِرُه؛ لأنَّه لا مَصْلَحَةَ فيه . وظاهِرُ نَقْلِ المُصَنِّفِ، في « المُغْنِي » ، والشَّارِحِ ، أنَّ الأصحابَ قالُوا : له إجْبارُه . الثَّانيةَ ، لو أَذِنَ له ، ففي لُزوم تَعْيينِ المرْأَةِ وَجْهان . وأَطْلَقهما في « الفُروع ِ » ؛ أحدُهما ، لا يُلْزِمُه بتَعْيينِه ، بل هو مُخَيَّرٌ . وهو الصَّحيحُ . قال في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » : الوَلِيُّ مُخَيَّرٌ بينَ

الشرح الكبر في باب الخُلْع ِ . فإن قُلْنا : لا يَصِحُ القَبْضُ . فأَتْلَفَه بعدَ قَبْضِه ، فلا ضَمانَ عليه ، ولا تَبْرَأُ المرأةُ بدَفْعِه إليه ، وهو مِن ضمانِها إن أَتْلَفَه أو تَلِف في يَدِه ؟ لأنُّها سَلَّطَتْه عليه .

الإنصاف أنْ يُعَيِّنَ له المرْأَةَ ، أو يأْذَنَ له مُطْلَقًا . ونصَراه . وهو الصَّوابُ . وجزَم به ابنُ رَزِينٍ في ﴿ شَرْحِه ﴾ . والوَجْهُ الثَّانِي ، يَلْزَمُه تَعْيِينُ المرْأَةِ له ، ويتَقَيَّدُ بِمَهْرِ المِثْلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ويَحْتَمِلُ لُزومُه زِيادَةَ إذنٍ فيها ، كَتَرْوِيجِه بها ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . والثَّانِي ، تَبْطُلُ هي للنَّهْي عنها ، ولا تَلزَمُ أحدًا . قلتُ : ويَحْتَمِلُ أَنْ تَلْزَمَ الوَلِيَّ . وإنْ عضَلَه الوَلِيُّ ، اسْتَقلَّ بالزُّواجِ ، كَا تقدُّم قريبًا . ويأتي بعضُ ذلك ف بابِ أَرْكَانِ النِّكَاحِ . الثَّالِثةُ ، لو عَلِمَ مِنَ السَّفِيهِ أَنَّهُ يُطَلِّقُ إِذَا زُوِّجَ ، اشْتَرَى له أَمَةً . الرَّابعةُ ، يصِحُّ خُلْعُه ، كطَلاقِه وظِهارِه ولِعانِه وإيلائِه ، لكِنْ لا يَقْبِضُ العِوَضَ ، فإنْ قَبَضَه ، لم يصِحُّ قَبْضُه . على الصَّحيح مِنَ المذهب . وقال القاضي : يصِحُّ . فعلى المذهب ، لو أَتْلَفَه ، لم يَضْمَنْ ، ولا تَبْرأُ المرْأَةُ بدَفْعِها إليه . الخامسةُ ، لو وجَب على السَّفِيهِ كَفَّارَةً ، كَفَّر بالصَّوْمِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كَالْمُفْلِسِ . قلتُ : فيُعايَى بها . وقيل : يُكفِّرُ به ، إنْ لم يصِحُّ عِنْقُه . على ما يأتِي قرِيبًا . فعلى المذهبِ ، لو فُكَّ عنه الحَجْرُ قبلَ التَّكْفيرِ ، وقدَر على العِتْقِ ، أعْتَقَ . السَّادِسَةُ ، يُنْفِقُ عليه بالمَعْروفِ ، فإنْ أَفْسَدَها ، دفَع إليه يَوْمًا بيَوْمٍ ، فلو أَفْسَدَها ، أَطْعَمَه بِحُضُورِه . وإِنْ أَفْسَدَ كُسْوَتَه ، ستَر عَوْرَتَه فقط في البَيْتِ إِنْ لِم يُمْكِن التَّحَيُّلُ ولو بتَهْديدٍ ، وإذا رَآه النَّاسُ ، أَلْبَسَه ، فإذا عادَ ، نزَع عنه . السَّابعةُ ، يصِحُّ تَدْبِيرُه وَوَصِيَّتُه . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يصِحُّ . وتأتِّي وصِيَّتُه في كتاب الوَصايا ، في كلام المُصَنِّف .

١٩٦٢ – مسألة : (وهل يَصِحُّ عِثْقُه ؟ على روايَتَيْن) إحْداهما ، لا يَصِحُ . وهو قولُ القاسِم بن محمدٍ ، والشافعيِّ . والثانيةُ ، يَصِحُ ؟ لأَنَّه عِنْتُنَّ مِن مُكَلَّفٍ مالِكِ تامُّ المِلْكِ ، فَصَحَّ ، كعِنْقِ الرَّاهِنِ والمُفْلِسِ . وَلَنَا ، أَنَّه تَصَرُّفٌ في مالِه ، فلم يَصِحُّ ، كسائِر تَصَرُّفاتِه ، ولأنَّه تَبَرُّ عٌ ، فأشْبَهَ هِبَتَه وَوَقْفَه ، ولأنَّه مَحْجُورٌ [١٢٥/٤] عليه لحِفْظِ مالِه عليه ، فلم يُصِحُّ ، كعِتْق الصَّبيِّ والمَجْنُونِ . وفارَقَ المُفْلِسَ والرَّاهِنَ ؛ فإنَّ الحَجْرَ عليهما لحَقِّ غيرِهما ، وفي عِتْقِهما خِلافٌ أيضًا قد ذَكَرْناه .

فصل : ويَصِحُ تَدْبيرُه ، ووَصِيَّتُه ؛ لأنَّ ذلك مَحْضُ مَصْلَحَةٍ ، لأنَّه تَقَرُّبٌ إِلَى اللهِ تعالى بمالِه بعدَ غِناه عنه . ويَصِحُّ اسْتِيلادُه ، وتَعْتِقُ الأُمَةُ المُسْتَوْلَدَةُ بِمَوْتِه ؟ لأنَّه إذا صَحَّ ذلك مِن المَجْنُونِ ، فمِن السَّفِيهِ أَوْلَى . وله المُطالَبَةُ بالقِصاص ؟ لأنَّه مَوْضُوعٌ للتَّشَفِّي والانْتِقام ، وهو مِن أهْلِه . وله العَفْوُ على مالِ ؟ لأنَّه تَحْصِيلٌ للمالِ ، لا تَضْيِيعٌ له . وإن عَفا على غيرِ

قوله : وهل يَصِحُّ عِتْقُه ؟ على روايتَيْن . وأطْلَقهما في « الهدايةِ » ، الإنصاف و « المُـــنْهَبِ » ، و « مَسْبِــوكِ الـــنَّهَبِ » ، و « الخُلاصَـــةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ إحْداهما ، لا يصِحُّ . وهو المذهبُ . صحَّحه في « التَّصْحيح ِ » . قال الزَّرْكَشِيُّ ، في كتاب العِتْقِ : هذا أصحُّ الرِّوايتَيْن . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ . قال ف ﴿ الرِّعايةِ ﴾ : يصِحُّ عِتْقُه على الأَضْعَفِ . قال في ﴿ الفائقِ ﴾ : ولا ينْفُذُ عِتْقُه في أصحِّ الرِّوايتَيْن . وصحَّحه في « النَّظْم ِ » . وقدَّمه في « الكافِي » وغيرِه . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يصِحُّ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ في ﴿ تَذْكِرَتِه ﴾ . وقدَّمه في

الشرح الكبير مالٍ ، وقُلْنا : الواجِبُ القِصاصُ عَيْنًا . صَحَّ عَفْوُه ؛ لأنَّه لم يَتَضَمَّنْ تَضْيِيعَ المالِ . وإن قُلْنا : أحدُ شَيْئَيْنِ . لم يَصِحُّ عَفْوُه عن المالِ ، ووَجَب المالُ ، كَمَا لُو سَقَط القِصاصُ بِعَفُو أَحَدِ الشُّريكَيْنِ . وإن أَحْرَمَ بالحَجِّ ، صَحَّ ؛ لأَنَّه مُكَلَّفٌ ('أَحْرَمَ بالحَجِّ') ، أَشْبَهَ غيرَه ، ولأَنَّه عِبادَةٌ ، فصَحَّتْ منه ، كسائرِ العِباداتِ . فإن كان أَحْرَمَ بفَرْضِ ، دُفِع إليه النَّفَقَةُ مِن مالِه ؛ ليُسْقِطَ الفَرْضَ عن نَفْسِه ، وإن كان تَطَوُّعًا ، وكانت نَفَقَتُه في السَّفَر كَنَفَقَتِه في الحَضَر ، دُفِعَتْ إليه(٢) ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ في إحْرامِه . فإن زادت نَفَقَةُ السَّفَر ، فقال : أنا أَكْسِبُ تَمامَ نَفَقَتِي . دُفِعَتْ إليه أيضًا ؛ لأَنَّه لا يَضُرُّ بمالِه ، وإن لم يكنْ له كَسْبٌ ، فلوَلِيِّه تَحْلِيلُه ؛ لِما في مُضِيِّه فيه مِن تَضْييع ِ مالِه ، ويَتَحَلَّلُ بالصيام ، كالمُعْسر ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ مِن التَّصَرُّفِ في مالِه . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَمْلِكَ وَلِيُّه تَحْلِيلُه ، بِناءً على العَبْدِ إِذا أَحْرَمَ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه . وإِن لَزِمَتْه كَفَّارَةُ يَمِين ي ، أو ظِهار ي أو قَتْل ي ، أو وَطْءٍ في نهارِ رَمَضانَ ، كَفَّرَ بِالصِّيامِ ؛ لِما ذَكَرْنا . وإن أَعْتَقَ أُو أَطْعَمَ ، لم يُجْزِئُه ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ مِن مالِه ، أَشْبَهَ المُفْلِسَ . وبهذا قال الشافعيُّ . ويَتَخَرُّ جُ أَن يُجْزِئَه العِتْقُ ،

« التَّبْصِرَةِ » ، على ما تقدُّم في كتابِ البَيْعِ . قال في « الرِّعايةِ الصُّغري » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » : يصِعُّ عِثْقُه المُنْجَزُ ، فى أَصحِّ الرِّوايتَيْن . وتقدَّم ، هل يصِعُّ بَيْعُه إِذَا أَذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ ؟ في كتابِ الْبَيْعِ ِ .

⁽۱ - ۱) سقط من: م.

⁽٢) سقط من: الأصل، م.

بِناءً على قَوْلِنا بصِحَّةِ عِتْقِه . وإن نَذَر عِبادَةً بدَنِيَّةً ، لَزمَه فِعْلُها ؛ لأنَّه غيرُ الشرح الكبير مَحْجُور عليه في بَدَنِه (١) ، وإن نَذَر الصَّدَقَةَ بمالِ ، لم يَصِحُّ منه ، وكَفّرَ بالصِّيام . فإن فُكَّ الحَجْرُ عنه قبلَ تَكْفِيرِه في هذه المواضِع ِ ، لَزِمَه العِتْقُ ، إِن قَدَر عليه . ومُقْتَضَى قولَ أَصْحابنا أَنَّه يَلْزَمُه الوَفاءُ بِنَذْرِه ، بناءً على قَوْلِهم في مَن أقرَّ قبلَ فَكِّ الحَجْر عنه ثم فُكَّ (٢) عنه ، أنَّه يَلْزَمُه أَدَاوُه ، وإن فُكَّ بعدَ تَكْفِيرِه ، لم يَلْزَمْه شيءٌ ، كما لو كَفَّرَ عن يَمِينِه بالصيام ثم فُكَّ الحَجْرُ

> ١٩٦٣ - مسألة : (وإن أقرَّ بحَدٍّ ، أو قِصَاصِ ، أو نَسَبِ ، أو طَلَّقَ زَوْ جَتَه ، أَخِذ به) و جُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المَحْجُورَ عليه لسَفَهِ أو فَلس ، إِذَا أَقَرَّ بِمَا يُوجِبُ حَدًّا أَو قِصاصًا ؛ كَالزِّنَى ، والسَّرِقَةِ ، والقَذْفِ ، والقَتْلِ ، والشَّرْبِ ، أو قَطْع ِ اليَدِ ، وما أَشْبَهَهما ، فإنَّه يَصِحُّ إقْرارُه ، ويَلْزَمُه حُكْمُ ذلك في الحال ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العِلْمِ ، على أنَّ إقْرارَ المَحْجُورِ عليه

قوله : [١٤٤/٢] وإنْ أَقرَّ بحَدِّ أُو قِصاص ، صَحَّ ، وأُخِذَ به . إذا أقرَّ بحَدٌّ ، الإنصاف اسْتُوْفِيَ منه ، بلا نِزاعٍ . وإنْ أقَرَّ بقِصاص ٍ ، وطلَب إقامَتَه ، كان لرَبِّه اسْتِيفاءُ ذلك ، بلا نِزاع ٍ . لكِنْ لو عَفَا على مال ِ ، احْتَمَلَ أَنْ يَجِبَ ، واحْتَمَلَ أَنْ لا يَجِبَ ، لِئَلَّا يُتَّخَذَ ذلك وَسِيلَةً إلى الإِقْرارِ بالمالِ ، وقاعِدَةُ المذهبِ ، سَدُّ الذَّرائِع ِ . وهو الصُّوابُ . وأطْلَقهما في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرِي » ،

⁽١) في الأصل: ﴿ يده ﴾ .

⁽٢) بعده في م : (الحجر) .

الشرح الكبير [١٢٦/٤] على نَفْسِه جائِزٌ ، إذا كان إقرارُه بزنَّى ، أو سَرقَةٍ ، أو شُرْب خَمْرٍ ، أو قَذْفٍ ، أو قَتْلِ ، وأنَّ الحُدُودَ تُقامُ عليه . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وأبى ثُورٍ ، وأصْحابِ الرَّأْي ، ولا أَحْفَظُ عن غيرِهم ('خِلافًا لهم') . وذلك لأنَّه غيرُ مُتَّهَم في حَقِّ نَفْسِه ، والحَجْرُ إنَّما تَعَلَّقَ بمالِه ، فقُبلَ إقْرارُه على نَفْسِه بِما لا يَتَعَلَّقُ بالمالِ . وإن طَلَّقَ زَوْجَتَه نَفَذُ طَلاقُه ، في قول الأَكْثَرِين . وقال ابنُ أبي لَيْلَي : لا يَقَعُ ؛ لأنَّ البُضْعَ يَجْرِي مَجْرَى المالِ ، بِدَلِيلِ أَنَّه يَمْلِكُه بِمَالٍ ، ويَصِحُّ أَن يَزُولَ مِلْكُه عنه بِمَالٍ ، فلم يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ فيه ، كالمالِ . ولَنا ، أنَّ الطَّلاقَ ليس بتَصَرُّفٍ في المالِ ، ولا يَجْرِي مَجْراه ، فلا يُمْنَعُ منه ، كالإِقْرارِ منه بالحَدِّوالقِصاصِ . ودَلِيلُ أَنَّه لا يَجْرِي مَجْرَى المالِ ، أنَّه يَصِحُ مِن العَبْدِ بغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِه مع مَنْعِه مِن التَّصَرُّفِ في المالِ ، ولأنَّه مُكَلَّفٌ طَلَّقَ امْرَأْتَه مُخْتارًا ، فَوَقَعَ طَلاقُه ، كالعَبْدِ والمكاتَبِ .

فصل : وإن أقرَّ بما يُوجِبُ القِصاصَ ، فعَفا المُقَرُّ له على مالِ ، احْتَمَلَ أَن يَجِبَ المَالُ ؛ لأَنَّه عَفْوٌ عن قِصاصِ ثابِتٍ ، فَصَحٌّ ، كَا لُو ثَبَت بالبَيِّنَةِ . واحْتَمَلَ أَن لا يَصِحُّ ؛ لئَلَّا يُتَّخَذَ ذلك وَسِيلَةً إلى الإِقْرَارِ بالمالِ ، بأن يَتُواطَأُ

الإنصاف و « الفُروع ِ » .

فائدة : لاَيْفَرِّقُ السَّفِيهُ زَكَاةَ مالِه بنَفْسِه ، ولا تَصِحُّ شَرِكَتُه ، ولا حَوالَتُه ، ولا الحَوالَةُ عليه ، ولا ضَمانُه ، ولا كَفالَتُه . ويصِحُّ منه نَذْرُ كلِّ عِبادَةٍ بدَنِيَّةٍ ؛ مِن حَجٌّ وغيرِه ، ولا يصِحُّ منه نَذْرُ عِبادَةٍ مالِيَّةٍ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب . وقيل :

⁽۱ – ۱) في م : « خلافهم » .

وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ فِي حَالٍ حَجْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَلْزَمَهُ اللَّهَ مُطلَقًا

الشرح الكبير

المَحْجُورُ عليه والمُقَرُّ له على الإِقْرارِ بالقِصاصِ ، والعَفْوِ عنه إلى مالٍ ، ولأنَّه وُجُوبُ مالِ مُسْتَنَدُه إِقْرارُه ، فلم يَثْبُتْ ، كالإِقْرارِ به الْبَداءُ . فعلى هذا القولِ ، يَسْقُطُ القِصاصُ ، ولا يَجِبُ المالُ في(١) الحالِ .

فصل : وإن أقرَّ بنَسَبِ وَلَدٍ ، قُبل منه ؛ لأنَّه ليس بإقْرار بمال ، ولا تَصَرُّفٍ فيه ، فَقُبِلَ ، كَإِقْرَارِه بالحَدِّ والطَّلاقِ . وإذا ثَبَت النَّسَبُ ، لَزِمَتْه أَحْكَامُه مِن النَّفَقَةِ وغيرِها ؟ لأنَّ ذلك حَصَل ضِمْنًا لِما صَحَّ منه ، فأشْبَهَ نَفَقَةُ الزُّوْ جَةِ .

١٩٦٤ – مسألة ؛ قال : ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالِ ، لَمْ يَلْزَمْه فَى حَالِ حَجْرِه . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَلْزَمَه مُطْلَقًا ﴾ إذا أقرَّ السَّفِيهُ بمالٍ ، كالدَّيْنِ ، أو ما يُوجِبُه ؛

يصِحُّ نَذْرُها ، وتُفْعَلُ بعدَ فَكَّ حَجْرِه . قال في « الكافِي » : قِياسُ قَوْلِ أَصحابِنا ، الإنصاف يَلْزَمُه الوَفاءُ به عندَ فَكِّ حَجْرِه ، كالإِقْرارِ . وتقدُّم في أَوَائلِ كتابِ الحَجِّ ، إذا أَحْرَمَ السُّفيهُ نَفْلًا .

> قوله : وإنْ أُقَرَّ بمالِ ، لم يَلْزَمْه في حالِ حَجْرِه . يغنِي ، يصِحُّ إقْرارُه ، ولا يَلْزَمُه في حالٍ حَجْرِه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . قال في « الفُروع ِ » : والأصحُّ صِحَّةُ إقْرارِه بمالٍ ، لَزِمَه باخْتِيارِه ، أَوْ لا . قال في « الوَجيزِ » : وإِنْ أَقَرَّ بدَيْنِ ، أو بما يُوجِبُ مالًا ، لَزِمَه بعدَ حَجْرِه ، إِنْ عُلِمَ

⁽١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير كجنايَةِ الخَطَّأُ وشِبْهِ العَمْدِ ، وإثلافِ المال ، وغَصْبه ، وسَرقَتِه ، لم يُقْبَلْ إِقْرَارُه به ؟ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لحَظِّه ، فأشْبَهَ الصَّبيَّ والمَجْنُونَ . ولأنَّا لو قَبْلْنَا إِقْرَارَهُ فِي مَالِهِ لِزَالَتْ فَائِدَةُ الْحَجْرِ ؛ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِهِ ، ثمّ يُقِرُّ به ، فيَأْخُذُه المُقَرُّله . ولأنَّه أقرَّ بما هو مَمْنُوعٌ مِن التَّصَرُّفِ فيه ، فلم يَنْفُذْ ، كَافُّرارِ الرَّاهِنِ على الرَّهْنِ ، والمُفْلِسِ على المالِ. وظاهِرُ قولِ الأصْحاب ، أنَّه يَلْزَمُه ما أقرَّ به بعدَ فَكِّ الحَجْر عنه . وهو قولَ أبي تَوْرٍ ، واخْتِيارُ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ أَقَرَّ بما لا''كِلْزَمُه في الحالِ ، فَلَزِمَه بعد فَكِّ الحَجْر عنه ، كالعَبْدِيُقِرُ بالدَّيْنِ ، وكَإِقْرَارِ الرَّاهِنِ عَلَى الرَّهْنِ ، وكَإِقْرَارِ المُفْلِس . ويَحْتَمِلُ [١٢٦/٤] أن لا يَصِحُّ إِقْرَارُه ، ولا يُؤْخَذَ به(٢) في الحُكْمِ بحالِ. وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لعَدَم رُشْدِه ، فلم يَلْزَمْه حُكْمُ إِقْرارِه بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، كالصَّبيِّ والمَجْنُونِ . ولأنَّ(٣) المَنْعَ مِن نَفُوذِ (') إقْرارِه في الحالِ ، إنَّما ثَبَت لَحِفْظِ مالِه عليه ،

اَسْتِحْقَاقُه فِي ذِمَّتِه حَالَ حَجْرِه . وقدَّمه في ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى ﴾ ، و « الرِّعايةِ » ، وغيرِهم .

قوله : ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يَلْزَمَه مُطْلَقًا . وإليه مَيْلُ الشَّارِحِ . واخْتَارَه المُصَنِّفُ . فعلى هذا ، لا يصِحُّ إقْرارُه بمالٍ . وتقدُّم بعضُ أحْكامِ السَّفِيهِ ، في أُوَائِلِ كتابِ البَيْع ِ .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) سقط من: الأصل.

⁽٣) في م: « لا ».

⁽٤) سقط من: الأصل.

ودَفْع ِ الضَّرَر عنه ، فلو نَفَذ بعدَ فَكِّ الحَجْر عنه ، لم يُفِدْ إِلَّا تَأْخِيرَ الضَّرَر ﴿ الشرح الكبير عليه إلى أَكْمَل حالَتُيْه . وفارَقَ المَحْجُورَ عليه لحَقِّ غَيْره ، فَإِنَّ المانِعَ تَعَلَّقُ حَقِّ الغُرَماء بمالِه ، فيَزُولُ المانِعُ بزَوال الحَقِّ عن مالِه ، فَيَثْبُتُ مُقْتَضَى إِقْرَارِهِ . وَفِي مَسْأَلَتِنا انْتَفَى الحُكْمُ لَخَلَل فِي الإِقْرَارِ ، فلم يَثْبُتْ كَوْنُه سَبًّا ، وبزَوالِ الحَجْرِ لم يَكْمُلِ السَّبَبُ ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ مع اخْتِلال السَّبَب، كما (اللم يَشْبُتْ قبلَا) فَكِّ الحَجْر . ولأنَّ الحَجْرَ لحَقِّ الغَيْر لم يَمْنَعْ تَصَرُّفَهم في ذِمَمِهم ، فأمْكَنَ تَصْحِيحُ إقْرارِهم في ذِمَمِهم على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بغيرهم ، والحَجْرُ هَلْهُنا لَحَظِّ نَفْسِه مِن أَجْلِ ضَعْفِ عَقْلِه' ٢٠ وسُوءِ تَصَرُّفِه ، ولا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ إِلَّا بِإِبْطَالِ إِقْرارِه بِالكُلِّيَّةِ ، كَالصَّبيّ والمَجْنُونِ . فأمَّا صِحَّتُه فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فإن عَلِم صِحَّةَ ما أُقَّرُ به ، كدَّيْنِ لَز مَه مِن جنايَةٍ ، أو دَّيْنِ لَز مَه قبلَ الحَجْرِ عليه ، فعليه أداوُّه ؟ لأَنَّه عَلِم أَنَّ عليه حَقًّا ، فلَز مَه أداؤُه ، كالو لم يُقِرَّ به . وإن عَلِم فَسَادَ إقْرارِه ، مثلَ أن عَلِم أنَّه أقَرَّ بدَيْنِ ولا دَيْنَ عليه ، أو بجنايَةٍ لم تُوجَدْ منه ، أو أقَرَّ بما لا يَلْزَمُه ، مثلَ أن أَتْلَفَ مالَ مَن دَفَعَه إليه بقَرْضِ أو بَيْعٍ ، لم يَلْزَمْه أداوُّه ؛ لأنَّه يَعْلَمُ أنَّه لا دَيْنَ عليه ، فلم يَلْزَمْه ، كما لو لم يُقِرَّ به .

١٩٦٥ - مسألة : (وحُكْمُ تَصَرُّفِ وَلِيَّه حُكْمُ تَصَرُّفِ وَلِيَّه عُكْمُ تَصَرُّفِ وَلِيِّ الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ) على ما ذَكَرْنَا مِن قبلُ ؛ لأَنَّهُ مَحْجُورٌ عليه لحَظِّه ، فهو كالصُّبيِّ والمَجْنُونِ .

الإنصاف

⁽۱ - ۱) في م: « لا يثبت بعد ».

⁽٢) في م: « قلبه ».

المقنع

فَصْلٌ : وَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ .

الشرح الكبير

المُولِّي عليه بقَدْرِ عَمَلِه إذا احْتاجَ إليه) وإن كان غَنِيًّا لَم يَجُوْ له ذلك مالِ المُولِّي عليه بقَدْرِ عَمَلِه إذا احْتاجَ إليه) وإن كان غَنِيًّا لَم يَجُوْ له ذلك إذا لم يكنْ أبًا ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا ، فله أقلُّ الأَمْرَيْنِ ؛ مِن فقيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴿ (١) . وإذا كان فقيرًا ، فله أقلُّ الأَمْرَيْنِ ؛ مِن أَجْرَتِه أو قَدْرِ كِفايَتِه ؛ لأَنَّه يَسْتَحِقُّه بالعَمَلِ والحاجَة جَمِيعًا ، فلم يَجُوْ أَنْ يَأْخُذَ إلَّا ما وُجِدا فيه . وقال ابنُ عقيل : يَأْكُلُ وإن كان غنيًّا ، قِياسًا على العَمَلِ في الزكاق ، والآيةُ مَحْمُولَةٌ على الاسْتِحْبابِ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لظاهِر الآيَة .

الإنصاف

تنبيه : ظاهرُ قَوْلِه : وللوَلِيِّ أَنْ يَأْكُلَ مِن مالِ المُوَلَّى عليه . ولو لم يُقَدِّرْه الحَاكِمُ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ بشَرْطِه الآتِي . وقال في « الإيضاحِ » : يأْكُلُ إذا قَدَّرَه الحاكِمُ ، وإلَّا فلا .

تنبيه آخرُ : فظاهِرُ قَوْلِه : يَأْكُلُ بِقَدْرِ عَمَلِه . جَوَازُ أَكْلِه بِقَدْرِ عَمَلِه ، ولو كان فوقَ كِفايَتِه . وعلى ذلك شرَح ابنُ مُنجَّى . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، أنَّه لا يَأْكُلُ إلَّا الأَقَلَّ مِن أُجْرَةِ مِثْلِه ، أو قَدْرِ كِفايَتِه . جزَم به فى « الخُلاصَةِ » ، و « المُخْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « السَّرْحِ » ، و « الرِّعايتيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروع » ، و « الفائق » ، وغيرُهم مِن الأصحاب . قلتُ : ويُمْكِنُ أَنْ يُقالَ : هذا الظَّاهِرُ مَرْدودٌ بِقَوْلِه : إذا احْتاجَ إليه .

⁽١) سورة النساء ٦ .

۱۹٦۷ – مسألة : (وهل يَلْزَمُه عِوَضُ ذلك إذا أَيْسَرَ ؟ على السر الكبير روايَتَيْن) أُمَّا إذا كان أَبًا ، فلا يَلْزَمُه ، رِوايَةً واحِدَةً ؛ لأنَّ للأبِ أن يَأْخُذَ

لأنَّه إذا أَخَذ قَدْرَ عَمَلِه ، وكان أكثرَ مِن كِفايَتهِ ، لم يَكُنْ مُحْتاجًا إلى الفاضِلِ عن الإنصاف كِفايَتهِ ، لم يَكُنْ مُحْتاجًا إلى الفاضِلِ عن الإنصاف كِفايَتهِ ، فلم يَجُزْ له أُخْذُه . وهو واضِحٌ . أو يُقالَ : هل الاعْتِبارُ بحالَةِ الأُخْذِ ؟ ويَحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ ، أو حيث اسْتَغْنَى ، امْتَنَعَ الأُخْذُ ؟

قوله: إذا احْتَاجَ إليه . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أَنَّه لا يأْكُلُ مِن مالِ المُولَّى عليه إلَّا مع فَقْرِه وحاجَتِه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال فى « الوَجيزِ » : ويأْكُلُ الفَقِيرُ مِن مالِ مُولِّيه ، الأَقَلَّ مِن كِفائِتِه أُو أُجْرَتِه مجَّانًا ، إنْ شَغَلَه عن كَسْبِ ما يقُومُ بكِفائِتِه . وكذا قال غيرُه مِنَ الأصحاب . وقال ابنُ عَقِيل : يأْكُلُ وإنْ كان غَنِيًّا ، قِياسًا على العامِل فى الزَّكاةِ . وقال : الآيَةُ مَحْمُولَةً على الاسْتِحْبابِ . وحكاه روايَةً عن أحمدَ . قال ابنُ رَزِينٍ : يأْكُلُ فَقِيرٌ ، ومَن يَمنَعُه مِن مَعاشِه ، بالمَعْروف .

تنبيه: محَلُّ ذلك في غيرِ الأبِ ، فأمَّا الأبُ ، فيجوزُ له الأكُلُ مع الحاجَةِ وعدَمِها في الحُكْمِ ، ولا يَلْزَمُه عِوضُه ، على ما يأتِي في بابِ الهِبَةِ . قال القاضِي : ليس له الأكْلُ لأجْلِ عَمَلِه ، لغِناه عنه بالنَّفَقَةِ الواجِبَةِ في مالِه ، ولكِنْ له الأكْلُ بجهةِ التَّمَلُّكِ عندَنا . وضعَّفَ ذلك الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . ومحَلُّ الخِلافِ أيضًا ، إذا لم يَفْرِضْ له الحاكِمُ ، فإنْ فرَض له الحاكِمُ شيئًا ، جازَ له أُخذُه مجَّانًا مع غِناه ، بغيرِ خِلافٍ . قالَه في « القاعِدةِ الحاديةِ والسَّبْعِين » ، وقال : هذا ظاهِرُ كلامِ القاضى . ونصَّ عليه أحمدُ في روايَةِ البُرْزَاطِيِّ في الأُمِّ الحاضِنَةِ .

قوله: وهل يَلْزَمُه عِوَضُ ذلك إذا أَيْسَرَ ؟ على رِوايَتَيْن . وأَطْلَقهما في

الشرح الكبير مِن مالِ وَلَدِه ما شاء مع الحاجَةِ وعَدَمِها . وإن كان غيرَ الأب ، لم يَلْزَمْهُ عِوَضُ ذلك في إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وهذا قولُ الحَسَنِ ، والنَّخَعِيِّ ، وأَحَدُ قَوْلَى الشافعيِّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أمَرَ بالأَكْلِ مِن غيرِ ذِكْرِ عِوَضٍ [٢٧/١] او] فأَشْبَهَ سائِرَ ما أَمَرَ بأَكْلِه ، ولأنَّه عِوَضٌ عن عَمَلِه ، فلم يَلْزَمْه بَدَلُه ، كَالْأَجِيرِ وَالْمُضَارِبِ. وَالثَّانِيةُ ، يَلْزَمُه عِوَضُه . وهو قولُ عَبيدَةَ السُّلْمَانِيِّ ، وعَطَاءٍ ، ومُجاهِدٍ ، وسعيدِ بن ِ جُبَيْرٍ ، وأبي العَالِيَةِ ؛ لأنَّه اسْتَبَاحَةً بالحاجَةِ مِن مالِ غيرِه ، فلَزمَه قَضاؤُه ، كالمُضْطَرِّ إلى طَعام غيره . والأُوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنَّه لو وَجَب عليه إذا أيْسَرَ ، لكان واجبًا في الذُّمَّةِ قبلَ اليَسارِ ، فإنّ اليَسارَ ليس سَبَبًا للوُجُوبِ ، فإذا لم يَجِبْ بالسَّبَبِ الذي هُو الْأَكْلُ ، لَمْ يَجِبْ بعدَه . وفارَقَ المُضْطَرَّ ؛ فإنَّ العِوَضَ واجِبُّ عليه فى ذِمَّتِه ، ولأنَّه لم يَأْكُلُه عِوَضًا عن شيءٍ ، وهذا بخِلافِه .

١٩٦٨ – مسألة : ﴿ وَكَذَلْكَ يُخَرُّجُ فِي النَّاظِرِ فِي الوَقْفِ ﴾ قِياسًا

« الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجِّي » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « القواعِدِ الفِقْهيَّةِ » ؛ إحْداهما ، لا يلْزَمُه عِوَضُه إذا أيْسَرَ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ : ولا يَلْزَمُه عِوَضُه بيَسارِه ، على الأُصحِّ . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ ﴿ التَّصْحِيحِ ﴾ . واختارَه ابنُ عَبْدُوسٍ في ﴿ تَذْكِرَتِه ﴾ . وجزَم به في ﴿ الوَجيزِ ﴾ . وقدَّمه في ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحَاوِيَيْنِ ﴾ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يَلْزَمُه عِوَضُه إذا أَيْسَرَ . قال في ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ : ويَلْزَمُه عِوَضُه إذا أَيْسَرَ ، على الأصحِّ .

قوله : وكذلك يُخَرُّجُ في النَّاظِرِ في الوَقْفِ . خرَّجه أبو الخَطَّابِ وغيرُه .

الشرح الكبير

عليه .

الإنصاف

والمَنْصوصُ عن الإِمامِ أحمدَ ، في روايَةِ أبي الحارِثِ [٢/ ١٤٤٤] ، وحَرْبِ ، جَوازُ الأَكْلِ مِنه بالمَعْروفِ . قالَه في « الفُروعِ » ، وغيرِه . قال في « الفائقِ » ، بعدَ ذِكْرِ التَّخْرِيجِ : قلتُ : وإلْحاقُه بعامِلِ الزَّكاةِ في الأَكْلِ مع الغِنَى ، أُولِي . كيف وقد نصَّ أحمدُ على أكْلِه منه بالمَعْروفِ ، ولم يَشْتَرِطْ فَقْرًا ؟ ذكرَه الخَلالُ في الوَقْفِ . قال في روايَةِ أبي الحارِثِ : وإنْ أكل منه بالمَعْروفِ ، فلا بَأْسَ . قلتُ : في الوَقْفِ . قال في روايَة أبي الحارِثِ : وإنْ أكل منه بالمَعْروفِ ، فلا بَأْسَ . قلتُ : في الوَقْفِ دَيْنَه ؟ قال : ما سَمِعْتُ فيه شيئًا . انتهى . وعنه ، يأكُلُ إذا اشْتَرَطَ . وقال الشَّيْخُ تَقِي الدِّينِ : لا يُقَدَّمُ بِمَعْلُومِه بلا شَرْطٍ ، إلَّا أَنْ يأْخُذَ أُجْرَةَ عَمَلِه مع فَقْرِه ، كوصِي ّ النَّينِيمِ . وفرَّق القاضى بينَ الوَصِي ّ والوَكِيلِ ؛ (ابأنَّه لا يُمْكِنُه المُوافِقَتُه على الأُجْرَةِ ، والوَكِيلُ يُمْكِنُه . ونقل حَنْبَلُ ، في الوَلِي والوَصِي يقُومان بأمْرِه ، يأكُلان بالمَعْروفِ ؛ لأَنَّهما كالأَجيرِ والوَكيلِ . قال : وظاهرُ هذا ، النَّفَقَةُ للوَكِيل . قال : وظاهرُ هذا ، النَّفَقَةُ للوَكِيل . قال : وظاهرُ هذا ، النَّفَقَةُ للوَكِيل .

فوائل ؛ إحداها ، الحاكِمُ أو أمِينُه إذا نظر في مالِ اليَتيم ِ ، فقال القاضى مَرَّةً : لا يأكُلُ ، وإنْ أكل الوَصِيُّ . وفرَّقَ بينَهما وبينَ الوَصِيِّ . وقال مَرَّةً : له الأكْلُ ، كوَصِيِّ الأب . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وهو داخِلٌ في عُموم كلام المُصنف وغيرِه . الثَّانيةُ ، الوَكِيلُ في الصَّدقة لا يأكُلُ منها شيئًا لأُجْلِ العَمَل . نصَّ عليه . وقد صرَّح القاضى في « المُجَرَّد » بأنَّ مَن أُوصِيَ إليه بتَفْرِقَة مال على المَساكِين ، أو دفع إليه رَجُلٌ في حَياتِه مالًا ؛ ليُفَرِّقَه صدَقَةً ، لم يَجُزْ أَنْ يأكُلَ منه شيئًا بحَقً قيامِه ؛ لأنَّه مَنْفَعَةً ، وليس بعامل مُنَمِّ مُنْجِز .

⁽١ – ١) في النسخ : ﴿ لأَنه بمكنه ﴾ . انظر الفروع ٤/ ٣٢٥ .

المنع وَمَتَى زَالَ الْحَجْرُ ، فَادَّعَى عَلَى الْوَلِيِّ تَعَدِّيًا ، أَوْ مَا يُوجِبُ ضَمَانًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ .

١٩٦٩ - مسألة : (ومتى زال الحَجْرُ ، فادَّعَى على الوَلِيِّ تَعَدِّيًّا ، أو ما يُوجِبُ ضَمانًا ، فالقولُ قولُ الوَلِيِّ) إذا ادَّعَى الوَلِيُّ الإِنْفاقَ على الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ ، أو على مالِه أو عقارِه بالمَعْرُوفِ مِن مالِه ، أو ادَّعَى أنَّه باع عَقارَه لحظُّهِ ، أو بَناه لمَصْلَحَتِه ، أو أَنَّه تَلِف ، قُبل قَوْلُه . وقال أَصْحابُ الشافعيِّ : لا يُمْضِي الحاكِمُ بَيْعَ الأمِينِ والوَصِيِّ حتى يَثْبُتَ عندَه الحَظُّ بَيُّنَةٍ ، ولا يُقْبَلُ قَوْلُهما في ذلك ، ويُقْبَلُ قولُ الأب والجَدِّ . ولَنا ، أنَّ مَن جاز له بَيْعُ العَقارِ وشراؤه لليَتِيمِ ، يَجِبُ أَن يُقْبَلَ قَوْلُه في الحَظِّ ، كالأب والجَدِّ . وِلأنَّه يُقْبَلُ قَوْلُه في عَدَم التَّفْرِيطِ فيما تَصَرَّفَ فيه مِن غير العَقار ، فَيُقْبَلُ قَوْلُه في العَقارِ ، كالأبِ . وإذا بَلَغ الصَّبِيُّ فادَّعَى أنَّه لا حَظَّ له في الْبَيْعِ ِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَبَيِّنَةٍ ، فإن لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُ الوَلِيِّ مع يَمِينِه . وإن قال الوَلِيُّ : أَنْفَقْتُ عليك منذُ ثَلاثِ سِنِين . وقال الغُلامُ : إِنَّما مات أَبِي مَنذُ سَنَتَيْن . فقال القاضي : القولُ قولُ الغُلام ؛ لأنَّ الأَصْلَ حَياةُ والِدِه ، واخْتِلافَهما في أَمْرِ ليس الوَصِيُّ أَمِينًا فيه ، فَقُدُّمَ قُولُ مَن يُوافِقُ قَوْلُه الأَصْلَ .

الإنصاف

قوله : ومتى زالَ الحَجْرُ ، فادَّعَى على الوَلِيُّ تَعَدِّيًا ، أو ما يُوجبُ ضَمانًا ، فالقَوْلُ قَوْلُ الوَلِيِّ . بلا نِزاع ي . جزَم به الأصحابُ ؛ منهم صاحِبُ « الفُروع ِ » ، وقال : مَا لَمْ تُخالِفُهُ عَادَةٌ وَعُرْفٌ ، ويَحْلِفُ غيرُ الحاكم ِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . قال في ﴿ الفُروع ِ ﴾ : ويَحْلِفُ غيرُ الحاكم ِ ، على الأصحِّ . قال في ﴿ الرِّعايةِ ﴾ : الشرح الكبير

• ١٩٧٠ - مسألة : (وكذلك القولُ قَوْلُه في دَفْعِ المَالِ إليه بعدَ رُشْدِه) لأنَّه أمِينٌ ، فأشْبَهَ المُودَع . ويَحْتَمِلُ أَنَّ القولَ قولُ الصَّبِيِّ ، لأنَّ الأَصْلَ معه ، ولأنَّ اللهَ سبحانه قال : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمُولُهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ ﴾ (١) . فمَن تَرَكَ الإِشْهادَ ، فقد فَرَّطَ ، فلزِمَه الضَّمانُ . والأوَّلُ المَذْهَبُ . وكذلك الحُكْمُ في المَجْنُونِ والسَّفِيهِ .

الإنصاف

وغيرُ الحاكم يَحْلِفُ ، على المذهبِ إِنِ اتَّهِمَ . وعنه ، يُقْبَلُ قَوْلُه مِن غيرِ يَمِينِ . قوله : وكذلك القَوْلُ قَوْلُه في دَفْعِ المالِ إليه بعدَ رُشْدِه . وهو المذهبُ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به في « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنجَّى » ، و « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الرِّعايتيْن » ، و « المهائيّ » ، و غيرِهم . قال في « القواعِدِ » وغيرِه : هذا و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال في « القواعِدِ » وغيرِه : هذا المذهبُ . ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يُقْبَلَ قَوْلُه إلَّا ببيَّنَة . قلتُ : وهو قَوِئ . قال في « القاعِدةِ والرَّابِعةِ والأَرْبَعِين » : وحرَّج طائفة مِنَ الأصحابِ ، في وَصِيِّ اليَتيم ، أنَّه لا يُقْبَلُ قَوْلُه في الرَّذِبدُونِ بيَّنَة . وعزاه القاضى في « خِلافِهِ » إلى قَوْلُ الخِرَقِيِّ . وهو مُتَوجَّة قَوْلُه في الرَّذِبدُونِ بيَّنَة . وعزاه القاضى في « خِلافِهِ » إلى قَوْلُ الخِرَقِيِّ . وهو مُتَوجَّة على هذا المَأْخَذِ ؛ لأَنَّ الإِشْهادَ بالدَّفْعِ مأمُورٌ به بنَصِّ القُرْآنِ . وقد صرَّح أبو الخَطَّابِ في « انْتِصارِه » باشتِراطِ الشَّهادَةِ عليه ، كالنُّكاح ِ . انتهى .

تنبيه: محَلُّ هذا ، إِنْ كَانَ مُتَبَرِّعًا . فأمَّا إِنْ كَانَ بَجُعْلٍ ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُه إِلَّا بَيْنَةٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ذكرَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ، فى الرَّهْنِ . وقيل : يُقْبَلُ مُطْلَقًا . وهو ظاهِرُ كلامِ

⁽١) سورة النساء ٦ .

الله وَهَلْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَحْجُرَ عَلَى امْرَأَتِهِ فِي التَّبَرُّعِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْ مَالِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

الْبَرُّعِ النَّبَرُّعِ النَّبُرُ على النَّبُرُ على النَّبُرِ النَّيْنِ) إحْداهما ، ليس له الحَجْرُ عليها . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشافعيِّ ، [١٧٧/٤ ع وابن المُنْذِر . وهو ظاهِرُ كلام الخِرَقِيِّ . والثانيةُ ، ليس لها أن تَتَصَرَّفَ في مالِها بزِيادَةٍ على الثَّلُثِ كلام الخِرَقِيِّ . والثانيةُ ، ليس لها أن تَتَصَرَّفَ في مالِها بزِيادَةٍ على الثَّلُثِ

الإنصاف المُصَنِّفِ وجماعَةٍ .

فائدة : يُقْبَلُ قَوْلُ الأَبِ ، والوَصِى ، والحاكم ، وأمِينه ، وحاضِن الطَّفْل ، وقَيْمِه ، حالَ الحَجْرِ وبعدَه ، فى النَّفَقَةِ وقَدْرِها وجَوازِها ، ووُجودِ الضَّرُورَةِ والغِبْطَة ، والمَصْلَحَة فى البَيْع ، والتَّلَف ، ويَحْتَمِلُ أَنْ (الا يُقْبَلَ قَوْلُه إلَّا فى الأَخْطِيَة () فى البَيْع ، والتَّلَف ، ماتَ أَبِي مِن سنَة ، أو قال : أَنْفَقْتَ الأَخْطِيَة () فى البَيْع ، إلَّا ببَيِّنَة ، فلو قال : ماتَ أَبِي مِن سنَة ، أو قال : أَنْفَقْتَ على مِن سنَة ، فقال الوَصِينُ : بل مِن سنَيْن ، قُدِّم قَوْلُ الصَّبِينُ :

قوله: وهل للزَّوْجِ أَنْ يَحْجُرَ على امْرَأَتِه فى النَّبَرُّعِ بِما زادَ على الثَّلُثِ مِن مالِها؟ على روايتَيْن. وأطْلَقهما فى « الهِدايةِ »، و « المُدْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِب »، و « الرِّعايةِ الكُبْرى »؛ إحداهما ، ليس له مَنْعُها مِن ذلك . وهو المذهب . اختاره المُصنِّف ، والشَّارِحُ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ »، و « الفائــقِ »، و « النَّطْمِها »، و « النَّطْمِها »، و « النَّطْمِها »، و « النَّطْمِها »، و وقدَّمه فى « الفُروعِ »، و « المُحرَّرِ »، ذكرَه فى آخِرِ بابِ الهِبَةِ . والرَّواية واللهِ والرَّواية والمُواية والمُواية والمُواية والمُواية والرَّواية والرَّواية والرَّواية والرَّواية والرَّواية والرَّواية والمُها عالمَا والمُواية والرَّواية والمُواية والمُواية والرَّواية والرَّواية والرَّواية والرَّواية والرَّواية والرَّواية والرَّواية والمُواية والمُواية والمُواية والمُواية والمُواية والرَّواية والرَ

 ⁽١ - ١) فى الأصل ، ط : (لا يقبل قوله فى الأحظية » .

الشرح الكبير

بغيرِ عَوْضِ ، إِلَّا بَإِذْنِ زَوْجِها . وبه قال مالِكَ . وحُكِى عنه في امرأة حَلَفَتْ بعِنْقِ جارِيَةٍ لها() ليس لها غيرُها ، فحنِئَتْ ، ولها زَوْجٌ ، فرَدَّ ذلك عليها زَوْجُها ، قال : له أن يَرُدَّ عليها ، وليس لها عِنْقٌ ؛ لِما رُوى أَنَّ امرأة عليها زَوْجُها ، فقال لها النبيُّ عَلِيلَة : « لَا كَعْبِ بنِ مالِكٍ أَتَتِ النبيُّ عَلِيلَة بحليٍّ لها ، فقال لها النبيُّ عَلِيلَة : « لَا يَجُوزُ للمَرْأَةِ عَطِيَّةٌ حَتَّى يَأْذَنَ زَوْجُها ، فَهَلِ اسْتَأْذَنْتِ كَعْبًا ؟ » . فقالت : نعم . فبَعثُ رسولُ اللهِ عَلِيلَة إلى كَعْبِ فقال : « هَلْ أَذِنْتَ لَهَا أَنْ تَتَصَدَّقَ بِحُلِيها ؟ » . فقال : نعم . فقبله . رَواه ابنُ ماجه() . ورَوى أَنْ تَتَصَدَّقَ بِحُلِيها ؟ » . فقال : نعم . فقبله . رَواه ابنُ ماجه() . ورَوى قال في خُطْبَةٍ خَطَبَها : « لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ فِي مَالِهَا إِلَّا بإِذْنِ زَوْجِهَا ، قال في خُطْبَةٍ خَطْبَها : « لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ فِي مَالِهَا إِلَّا بإِذْنِ زَوْجِهَا ، فَال في خُطْبَةٍ خَطْبَها) . رَواه أبو داودَ ، ولَفْظُه عن عبدِ الله بن عمرو ، أنَّ رسولَ اللهِ عَلَيْكُ قال : « لا يَجُوزُ لامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بإِذْنِ رَوْجِها » . ولأنَّ حقَ الزَّوجِ مُتَعَلِقٌ عال : « لا يَجُوزُ لامْرَأَةٍ عَطِيَّة إلَّا بإذْنِ رَوْجِها » . ولأنَّ حقَ الزَّوجِ مُتَعَلِقً قال : « لا يَجُوزُ لامْرَأَةٍ عَطِيَّة إلَّا بإذْنِ رَوْجِها » . ولأنَّ حقَ الزَّوجِ مُتَعَلِقً عال : « لا يَجُوزُ لامْرَأَةٍ عَطِيَّة إلَّا بإذْنِ

الثَّانيةُ ، له مَنْعُها مِنَ الزِّيادَةِ على الثَّلُثِ ، فلا يجوزُ لها ذلك إلَّا بإِذْنِه . نصَرَه القاضى الإنصاف وأصحابُه . وصحَّحه في « الرَّعايتَيْسن » ، و الحُلاصَةِ » . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْسن » ، و « شَرْح ِ ابن رَزين ٍ » .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ .

⁽٣) فى الموضع السابق . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ . وأبو داود ، فى : باب فى عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ - كما أخرجه النسائى ، فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الزكاة ، وفى الباب نفسه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٤٩/٥ ، ٢٣٦/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٢١/٢ ، والإمام أحمد ، فى : المسند ١٧٩/٢ ، وبالمفط قريب فى ٢٢١/٢ .

الشرح الكبير الْمَرْأَةُ لِمَالِها وَجَمَالِها وَدِينِهَا »(١) . والعادَةُ أَنَّ الزَّوْجَ يَزِيدُ في مَهْرها مِن أَجْلِ مِالِهَا ، ويَتَبَسَّطُ فيه ، ويَنْتَفِعُ به ، وإذا أَعْسَرَ بالنَّفَقَةِ أَنْظَرَتْه ، فجرَى ذلك مَجْرَى حُقُوقِ الوَرَثَةِ المُتَعَلِّقَةِ بمالِ المَرِيضِ . ولَنا ، قَوْلُه تَعالَى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِنْهُمْ رُشْدًا فَآدْفَعُوۤاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَلُهُمْ ﴾ (٢) . وهو ظاهِرٌ في فَكِّ الحَجْرِ عنهم وإطْلاقِهم في التَّصَرُّفِ، وقد ثَبَت أنَّ النبيُّ عَلَيْكُم قال: « يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ ، وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ » . وأنَّهُنَّ تَصَدَّقْنَ فقَبلَ صَدَقَتَهُنَّ ، و لم يَسْأَلْ ولا اسْتَفْصَلَ . وأتَتْه زَيْنَبُ امرأَةُ عبدِ اللهِ ، وامرأةٌ أُخْرَى اسْمُها زَيْنَبُ ، فَسألَتْه عن الصَّدَقَةِ ، هل يُجْزِئُهُنَّ أَنْ يَتَصَدَّقْنَ على أَزْواجِهِنَّ ، وأَيْتَامٍ لَهُنَّ ؟ فقال : « نَعَمْ »^(٣) . و لم يَذْكُرْ لَهُنَّ هذا الشُّرْطُ . ولأنُّ مَن وَجَب دَفْعُ مالِه إليه لرُشْدِه ، جاز له التَّصَرُّفُ فيه مِن

تنبيهان ؛ أحدُهما ، محَلُّ الخِلافِ ، إذا كانتْ رَشِيدَةً ، فأمَّا غيرُ الرَّشِيدَةِ ، فهي مَمْنُوعَةٌ مُطْلَقًا . الثَّاني ، مَفْهُومُ قَوْلِه : بما زادَ على الثُّلُثِ . أَنَّه لا يَحْجُرُ عليها فى التَّبَرُّ عِ ِ بِالثُّلُثِ فَأَقَلَّ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قال في « الكافِي » : هو

⁽١) أخرجه البخاري ، في : باب الأكفاء في الدين ...، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٩/٧ . ومسلم ، في: بابّ استحباب نكاح ذات الدين، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ١٠٨٧، ١٠٨٧، وأبو داود ، في : باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٢/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذي ٣٠٦/٤ . والنسائي ، في : باب على ما تنكح المرأة ، وباب كراهية تزويج الزناة ، من كتاب النكاح . المجتبي ٥٦/٥ ، ٥٦ . وابن ماجه ، في : باب تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٧/١٥٥ . والدارمي ، في : باب تنكح المرأة على أربع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٨/٢ ، ٨٠/ ٨ ، ٨٠ ، . 107/7

⁽٢) سورة النساء ٦.

⁽٣) تقدم تخريجه في ٣٠٢/٧.

لشرح الكبير

غير إذْنٍ ، كَالغُلامِ ، ولأنَّ المرأة مِن أهْلِ التَّصَرُّفِ ، ولا حَقَّ لزَوْجِها في مالِها ، فلم يَمْلِكِ الحَجْرَ عليها في التَّصَرُّفِ بجَمِيعِه ، كَأْخِيها(۱) . وحَدِيثُهم صَعِيفٌ ، وشُعَيْبٌ لم يُدْرِكُ (۲) عبدَ اللهِ بن عَمْرِو ، فهو مُرْسَلٌ . ويُمْكِنُ حَمْلُه على أنَّه لا يَجُوزُ عَطِيَّتُها مِن (آمالِه بغيرِ إذْنِه ، مُرْسَلٌ . ويُمْكِنُ حَمْلُه على أنَّه لا يَجُوزُ عَطِيَّتُها مِن مالِها ، وليس معهم بدَلِيلِ أنَّه يَجُوزُ عَطِيَّتُها المَنْعِ بِالتُلُثِ ، والتَّحْدِيدُ بذلك تحكُم ليس فيه حديثٌ يَدُلُ على تَحْدِيدِ المَنْعِ بِالتُلُثِ ، والتَّحْدِيدُ بذلك تحكُم ليس فيه تَوْقِيفٌ ولا عليه دَلِيلٌ . ولا يَصِعُ قِياسُهم على المَريض ؛ لوُجُوهٍ ؛ أحَدُها ، أنَّ المَرضَ سَبَبٌ يُفْضِي إلى وُصُولِ المالِ إليهم بالمِيراثِ ، والزَّوْجِيَّةُ إنَّما تَجْعَلُه مِن أهْلِ المِيراثِ ١ عَلَايَثُبُ للمرأةِ الحَجْرُ على زَوْجِها ، ولا لسائِر الوُرّاثِ بدُونِ المَرضِ . الثانِي ، أنَّ تَبَرُّ عَ المَريضِ مَوْقُوفٌ ، ولا لسائِر الوُرّاثِ بدُونِ المَرضِ . الثانِي ، أنَّ تَبَرُّ عَ المَريضِ مَوْقُوفٌ ، ولا لسائِر الوُرّاثِ بدُونِ المَرضِ . الثانِي ، أنَّ تَبَرُّ عَ المَريضِ مَوْقُوفٌ ، ولا يَبْعَلُه مِن مَرضِه صَحَّ تَبَرُّعُه ، وهم أَن الطُلُوه على كلِّ حالٍ ، والفَرْعُ فإن بَرِئَ مِن مَرضِه صَحَّ تَبَرُّعُه ، وهم أَنْ الطُلُوه على كلِّ حالٍ ، والفَرْعُ بالرِيدِ يدُ على أَصْلِه . الثالِثُ ، أنَّ مَا ذَكَرُوه مُنْتَقِضٌ بالمرأةِ ، فإنَّها تَنْتَفِعُ بمالِ لا يَزِيدُ على أَصْلِه . الثالِثُ ، أنَّ مَا ذَكَرُوه مُنْتَقِضٌ بالمرأة و ، فإنَّها تَنْتَفِعُ بمالِ

الإنصاف

قَوْلُ أَصحابِنا . وصحَّحه فى « الفائقِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، ال و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، وهو ظاهِرُ كلام ِ أكثرِ الأصحابِ . وعنه ، له ذلك . صحَّحها فى « عُيونِ المَسائلِ » ، فلا يَنْفُذُ عِنْقُها . وأَطْلَقهما فى « الكافِى » .

⁽١) في م : (كأختها » .

⁽٢) في الأصل ، م: « يذكر ».

⁽٣ - ٣) سقط من : الأصل .

⁽٤) فى الأصل ، ر ، ق ، م : ﴿ مَا ﴾ .

فَصْلٌ فِي الْإِذْنِ : يَجُوزُ لِوَلِيِّ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي المقنع التِّجَارَةِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْن .

الشرح الكبير زَوْجها ، وتَتَبَسَّطُ فيه عادَةً ، ولها النَّفَقَةُ منه ، وانْتِفاعُها بمالِه أَكْثَرُ مِن انْتِفاعِه بمالِها ، وليس لها الحَجْرُ عليه ، على أنَّ هذا المَعْنَى ليس بمَوْجُودِ في الأَصْلِ ، ومِن شَرْطِ صِحَّةِ القِياسِ وجُودُ المَعْنَى المُثْبِتِ للحُكْمِ في الأَصْل والفَرْعِ جَمِيعًا .

فصلٌ في الإذْنِ : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (يَجُوزُ لُوَلِيِّ الصَّبِيِّ المُمَيِّز أَن يَأْذَنَ له في التِّجارَةِ ، في إحْدَى الرِّوايَتَيْن) ويَصِحُّ تَصَرُّفُه بالإِذْنِ . وهذا قولُ أبى حَنِيفَةَ . والثانِيةُ ؛ لا يَصِحُّ حتى يَبْلُغَ . وهو قولُ الْشَافِعِيِّ ؛ لأَنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، أَشْبَهَ غيرَ المُمَيِّز . ولأنَّ العَقْلَ لا يُمْكِنُ الوُقُوفُ منه على الحَدِّ الذي (ايَصْلُحُ به للتَّصَرُّفِ ١٠ ؛ لخَفائِه ، وتَزايُدِه تَزايُدًا خَفِيَّ التَّدْريجِ ، فجعَلَ الشَّار عُ له ضابطًا ، وهو البُلُوغُ ، فلا تَثْبُتُ له أَحْكَامُ العُقَلاء قبلَ وُجُودِ المَظِنَّةِ . وَلَنَا ، قولُ الله ِ تعالى : ﴿ وَٱلْبَتَلُواْ ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَلُهُمْ ﴾ . ومَعْناه اخْتَبرُوهم لتَعْلَمُوا رُشْدَهم . وإنَّما يَتَحَقَّقُ اخْتِبارُهم

الإنصاف ويأتِي في آخِر الباب ، إذا تبَرَّعَتْ مِن مال زَوْجها .

قوله : يجوزُ لوَلِيِّ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ أَنْ يأذَنَ له في التِّجارَةِ ، في إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وهي المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . والرَّوايةُ الثَّانيةُ [٢/ ١٤٥] ، لايجوزُ .

⁽١ - ١) في الأصل: (يصع به التصرف).

المقنع

بَتَهُويِ التَّصَرُّفِ إليهم ، مِن البَيْعِ والشِّراء ؛ لِيُعْلَمَ هل يُغْبَنُ أَم لَا . و لأَنَّه عاقِلٌ مُمَيِّزٌ مَحْجُورٌ عليه ، فَصَحَّ تَصَرُّفه بإذْنِ وَلِيِّه ، كالعَبْدِ . و فارَقَ غيرَ المُميِّزِ ، فإنَّه لا تَحْصُلُ المَصْلَحَةُ بَتَصَرُّفِه ؛ لعَدَم تَمْيِيزِه و مَعْرِفَتِه ، ولا المُميِّزِ ، فإنَّه لا تَحْصُلُ المَصْلَحَةُ بَتَصَرُّفِه ؛ لعَدَم تَمْيِيزِه و مَعْرِفَتِه ، ولا حاجَةَ إلى اخْتِبارِه ؛ لأَنَّه قد عُلِم حالُه . وقَوْلُهم : إنَّ العَقْلَ لا يُمْكِنُ الطَّلاعُ عليه . قُلْنا : يُعْلَمُ ذلك بآثارِه وجَرَيانِ تَصَرُّفاتِه على وَفْقِ الطَّلاعُ عليه . قُلْنا : يُعْلَمُ ذلك بآثارِه وجَرَيانِ تَصَرُّفاتِه مَلْ المَعْلَمُ فَى حَقِّ البالِغ ، فإنَّ مَعْرِفَة رُشْدِه شَرْطُ دَفْع مالِه المَصْلَحَة ، كا يُعْلَمُ فى حَقِّ البالِغ ، فإنَّ مَعْرِفَة رُشْدِه شَرْطُ دَفْع مالِه المَصَرُّف بعيرِ إذْنِ وَلِيَّه ، لم يَصِحَّ المالِع في المَارِق الولِيِّ . وهو قولُ أبى تَصَرُّف أَن يَصِحَ ، ويَقِفَ على إجازَةِ الولِيِّ . وهو قولُ أبى خَنِيفَة . ومَبْنَى ذلك على ما إذا تَصَرَّف فى مالِ غيرِه بغيرٍ إذْنِه ، وقد ذَكَرْناه فيما مَضَى .

١٩٧٢ – مسألة : (ويَجُوزُ ذلك لسَيِّدِ العَبْدِ) بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأَنَّ الحَجْزَ عليه إِنَّما كانَ لحَقِّ السَّيِّدِ ، فجاز له التَّصَرُّفُ بإِذْنِه ؛ لزَوال المانِع ِ .

١٩٧٣ -مسألة : (ولا يَنْفَكُ عنهما الحَجْرُ ، إلَّا فيما أَذِنَ لهما فيه ،

الإنصاف

قوله : ويجوزُ ذلك لسَيِّدِ العَبْدِ . بلا نِزاعٍ .

قوله: ولا يَنْفَكُ عنهما الحَجْرُ إِلَّا فيما أَذِنَ لهما فيه. يَنْفَكُ عنهما الحَجْرُ فيما أَذِنَ لهما فيه. يَنْفَكُ عنهما الحَجْرُ فيما أَذِنَ لهما فيه. على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به أكثرُهم ، نصَّ عليه. وفي طَرِيقَةِ بعض ِ الأصحابِ ، لا يَنْفَكُ الحَجْرُ عنهما ؛ لأنَّه لو انْفَكَ نصَّ عليه.

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

الشرح الكبير وفي النُّوع ِ الذي أُمِرا به) لأنَّ تَصَرُّفَه إنَّما جاز بَاذِن وَلِّيه وسَيِّدِه ، فزال الحَجْرُ في قَدْرِ ما أَذِنا فيه دُونَ غيره [١٢٨/٤] كالتَّوْكِيل . فإن دَفَع السَّيِّدُ إلى عَبْدِهِ مالًا يَتَّجرُ فيه ، كان له أن يَبيعَ ويَشْتَريَ ويَتَّجرَ به . وإن أَذِنَ له أَن يَشْتَرِيَ في ذِمَّتِه ، جاز . وإن عيَّنَ له نَوْعًا مِن المالِ يَتَّجِرُ فيه ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَّجِرَ فِي غيرِه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ أَن يَتَّجِرَ في غيرِه ، ويَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ مُطْلَقًا ؛ لأنَّ إِذْبُه إطْلاقٌ مِن الحَجْرِ وَفَكُّ له(١) ، والإطْلاقُ لا يَتَبَعَّضُ ، كَبُلُو غِ الصَّبيِّ . ولَنا ، أنَّه مُتَصَرِّفٌ بالإِذْنِ مِن جَهَةِ الآدَمِيِّ ، فَوَجَبَ أَن يَخْتَصَّ مَا أَذِنَ لَهُ فَيْهُ ، كَالُوَكِيلُ والمُضارِبِ ، وما قالَه يَنْتَقِضُ بما إذا أذِنَ له في شِراءِ تُوْبِ ليَلْبَسَه ، أو طَعامِ ليَأْكُلُه . ويُخالِفُ البُلُوغَ ؛ فإنَّه يَزُولُ به المَعْنَى المُوجِبُ للحَجْرِ ، فإنَّ البُلُوغَ مَظِنَّةُ كَمالِ العَقْلِ الذي يَتَمَكَّنُ به مِن التَّصَرُّفِ على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، وهَ لَهُنا الرِّقُّ سَبَبُ الحَجْرِ ، وهو مَوْجُودٌ ، فَنَظِيرُ البُلُوغِ في الصَّبِيِّ العِنْقُ للعَبْدِ ، وإنَّما يَتَصَرَّفُ العَبْدُ بالإذْنِ ، ألا تَرَى أنَّ الصَّبيَّ يَسْتَفِيدُ بِالبُلُوغِ قَبُولَ النِّكاحِ ، بِخِلافِ العَبْدِ .

الإنصاف لما تُصُوِّرَ عَوْدُه ، ولما اعْتُبِرَ عِلْمُ العَبْدِ بإِذْيِه .

قوله : وفي النَّوْعِ الذي أُمِرا به . يعْنِي ، ينْفَكُّ عنهما الحَجْرُ في النَّوْعِ الذي أُمِرا به فقط . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وذكَر في « الانْتِصار » روايَةً ، أَنَّهُ إِنْ أَذِنَ لَعَبْدِهِ فِي نَوْعٍ ، وَلَمْ يَنْهُ عَن غَيْرِهُ ، مَلَكُهُ .

⁽١) سقط من : الأصل .

وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي جَمِيع ِ أَنْوَا ع ِ التِّجَارَةِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُؤْجِرَ نَفْسَهُ ، وَلَا يَتُوكُّلَ لِغَيْرِهِ .وَهَلْ لَهُ أَنْ يُوكِّلَ فِيمَايَتُولُّي مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

١٩٧٤ – مسألة : ﴿ وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي جَمِيعٍ أَنْواعٍ التِّجارَةِ ، لَم يَجُزْ أَن يُؤْجِرَ نَفْسَه ، ولا يَتَوَكَّلَ لغيرِه) وبه قال الشافعيُّ . وَجَوَّزَهما أبو حَنِيفَةَ ؛ لأنَّه يَتَصَرَّفُ لنَفْسِه(١) ، فملَكَ ذلك ، كالمُكاتب . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ على نَفْسِه ، فلا يَمْلِكُه بالإِذْنِ في التِّجارَةِ ، كَبَيْع ِ نَفْسِه وتَزْويجه . وقَوْلُهِم : يَتَصَرَّفُ لنَفْسِه . مَمْنُوعٌ ، إنَّما يَتَصَرَّفُ لسَيِّدِه ، وبهذا فارَقَ المُكاتَبَ ؛ فإنَّ المُكَاتَبَ يَتَصَرَّفُ لنَفْسِه ، ولهذا كان له أنْ يَبيعَ مِن سَيِّدِه .

١٩٧٥ - مسألة : (وهل له أن يُو كِل فيما يَتَولَّى مِثْلَه بنَفْسِه ؟ على روايَتَيْن) إحْداهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه تَصَرفٌ بالإذْنِ ، فاخْتَصَّ بما أُذِنَ فيه ،

فائدة : قال في (الفُروع ِ) : وظاهِرُ كلامِهم ، أنَّه كمُضارِب في البَيْع ِ نَسِيئَةً الإنصاف وغيره .

> قوله : وإِنْ أَذِنَ له في جَميع ِ أَنُواع ِ التِّجَارَةِ ، لم يَجُزْ له أَنْ يُؤْجِرَ نَفْسَه ، ولا أَنْ يَتَوَكَّلَ لغيرِه . بلا نِزاعٍ . لكِنْ فى جَوازِ إجارَةِ عَبِيدِه وبَهائِمِه خِلافٌّ فى « الأنتِصارِ ».

> قوله : وهل له أَنْ يُوكِّلَ فيما يتَوَلَّى مثلَه بنَفْسِه ؟ على وَجْهَيْن . وهما مَبْنِيَّان على الخِلافِ في جَوازِ تَوْكِيلِ الوَكيلِ ، على ما يأتِي في بابِه . وهذه طَرِيقَةُ الجُمْهورِ ؟

⁽١) سقط من: الأصل.

الشرح الكبير ولم يُؤْذَنْ له في التَّوْكِيلِ . والثانيةُ ، يَجُوزُ ؛ لأنَّهم يَمْلِكُون التَّصَرُّفَ بأَنْفُسِهم ، فَمَلَكُوه بِنائِبِهم ، كالمالِكِ الرَّشِيدِ ، ولأنَّه أقامَه مُقامَ نَفْسِه .

١٩٧٦ - مسألة : (وإن رَآه سَيِّدُه أو وَلِيُّه يَتَّجِرُ فلم يَنْهَه ، لم يَصِرْ مَأْذُونًا له ﴾ وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ ، في العَبْدِ : يصيرُ مَأْذُونًا له ؛ لأنَّه سَكَت عن حَقِّه ، فكان مُسْقِطًا له ، كالشَّفِيع ِ إذا سَكَت عن طَلَبِ الشُّفْعَةِ . ولَنا ، أنَّه تَصَرُّفُّ يَفْتَقِرُ إلى الإذْنِ ، فلم يَقُم السُّكُوتُ مَقامَ الإِذْنِ ، كَمَا لُو باع الرَّاهِنُ الرَّهْنَ والمُرْتَهِنُ ساكِتٌ ، أو باعَه المُرْتَهِنُ والرَّاهِنُ سَاكِتٌ ، وكَتَصَرُّفاتِ الأَجَانِبِ . ويُخَالِفُ الشَّفْعَةَ ؛ فَإِنَّهَا تَسْقُطُ بمُضِيِّ الزَّمانِ إذا عَلِم ؛ لأنَّها على الفَوْر .

الإنصاف منهم المُصَنِّفُ، والشَّارِحُ، وصاحِبُ « الهِدايةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ ، و ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ ، وابنُ مُنَجَّى في ﴿ شَرْحِه ﴾ ، وغيرُهم ، وصاحِبُ ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ أيضًا ، في هذا الباب . وقال في « التُّلْخيصِ » ، في بابِ الوَكَالَةِ : ليس له أَنْ يُوَكُّلَ بدُونِ إِذْنِ أُو عُرْفٍ . جعَلَه أَصْلًا في عدَم تَوْكيلِ الوَكِيلِ .

فَائِدَةَ : هَلَ لَلصَّبِيِّ المَّأْذُونِ لَهُ أَنْ يُوكِّلَ ؟ قال في ﴿ الْكَافِي ﴾ : هو كالوَكِيلِ قلتُ : لو قيلَ بعَدَم ِ جَوازِه مُطْلَقًا ، لكان مُتَّجهًا .

قوله : وإِنْ رَآه سَيِّدُه أَو وَلِيُّه يَتَّجِرُ ، فلم يَنْهَه ، لم يَصِرْ مَأْذُونًا له . بلا نِزاع . لكِنْ قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الذي يَنْبَغِي أَنْ يُقالَ ، فيما إذا رأى عَبْدَه يَبِيعُ ، فلم يْنْهَه ، وفي جميع ِ المَواضِع ِ : إنَّه لا يكونُ إذْنَا ، ولا يصِحُّ التَّصَرُّفُ ، ولكِنْ يكونُ تَغْرِيرًا ، فيكونُ ضامِنًا ، بحيثُ إنَّه ليس له أنْ يُطالِبَ المُشْتَرِي بالضَّمانِ ، وإنَّ تَرْكَ وَ مَا اسْتَدَانَ الْعَبْدُ ، فَهُوَ فِي رَقَبَتِهِ ، يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ أَوْ يُسَلِّمُهُ . وَعَنْهُ ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ ، وَيُثْبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، إِلَّا الْمَأْذُونَ لَهُ ، هَلْ يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْن .

١٩٧٧ – مسألة : ﴿ وَمَا اسْتَدَانَ العَبْدُ ، فَهُو فِي رَقَبَتِه ، يَفْدِيه سَيِّدُه الشرح الكبير أُو يُسَلِّمُه . وعنه ، يَتَعَلَّقُ بذِمَّتِه ، يُتْبَعُ به بعدَ العِتْق ، إلَّا المَأْذُونَ له ، هل يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّةِ سَيِّدِه ؟ على روايَتَيْن) يقال: ادَّانَ واسْتدانَ وتَدايَنَ بِمَعْنَى . [١٢٩/٤] والعَبْدُ قِسْمان ؛ مَحْجُورٌ عليه ، فما لَزمَهُ مِن الدَّيْن بغير رضا سَيِّدِه ، مثلَ أن يَقْتَر ضَ ويَشْتَر يَ شيئًا في ذِمَّتِه ، ففيه روايتان ؟ إحْدَاهِما ، يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . اخْتارَها الخِرَقِيُّ ، وأبو بكر ؛ لأنَّه دَيْنٌ لَزِمَه بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَتَعَلَّقَ برَقَبَتِه ، كالإنَّلافِ . والثانيةُ ، يَتَعَلَّقُ بذِمَّتِه ، يَتْبَعُه الغَرِيمُ به إذا عَتَق وأَيْسَرَ . وهو مَذْهَبُ الشافعيُّ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ في ذِمَّتِه بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَتَعَلَّقَ بَدِمَّتِه ، كَعِوَضِ الخُلْعِ مِن الْأُمَةِ ، وكالحُرِّ . القِسْمُ الثانِي ، المأذُونُ له في التَّصَرُّفِ أو في الاسْتِدانَةِ ، فما يَلْزَمُه مِن الدَّيْنِ

الواجِبِ عندَنا كفِعْلِ المُحَرُّمِ ، كما نقولُ في مَن قدَر على إنْجاءِ إنْسانٍ مِن هَلَكَةٍ ، الإنصاف بل الضَّمانُ هنا أُقْوَى .

> قوله : وما اسْتَدانَ العَبْدُ فهو في رَقَبَتِه يَفْدِيه سَيِّدُه ، أو يُسَلِّمُه . وعنه ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِه ، يُتْبَغُ به بعدَ العِتْق ، إلَّا المأَّذُونَ له ، هل يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّةِ سَيِّدِه ؟ على رِوايتَيْن . وذكر المُصَنِّفُ للعَبْدِإذا اسْتَدانَ حالَتَيْن ؛ إحْداهما ، أَنْ يكونَ غيرَ مَأْذُونٍ له ، فلا يصِحُّ تصَرُّفُه ، لكِنْ إِنْ تصَرُّفَ في عَيْنِ المالِ ؛ إِمَّا لنَفْسِه أو للغيرِ ، فهو

الشرح الكبير ﴿ هُلِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، أَو ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ على روايَتَيْن ؛ إحْداهما ، يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . وهو ظاهِرُ قولِ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأنَّه قال : يُباعُ إذا طالَبَ الغُرَماءُ ببَيْعِه . وهذا مَعْناه أَنه يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ؛ لأَنَّه دَيْنٌ ثَبَت برِضا مَن له الدَّيْنُ (١) ، فيُباعُ فيه ، كَمَا لُو رَهَنَه . والثانيةُ ، يَتَعَلَّقُ بَذِمَّةِ السَّيِّدِ . وهو الذي ذَكَرَه الخِرَقِيُّ . فعلى هذه الرُّوايَةِ ، يَلْزَمُ مَوْلاه جَمِيعُ ما ادَّانَ . وقال مالِكٌ ، والشافعيُّ : إِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، قُضِيَتْ دُيُونُه منه ، وإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ شِيءٌ ، تَعَلَّقَ بِذِمَّتِه ، يُتْبَعُ بِه إِذَا عَتَق وأَيْسَرَ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثَبَت برِضا مَن له الدَّيْنُ ، أَشْبَهَ غيرَ المَأْذُونِ ، أو فوَجَبَأن لا يَتَعَلَّقَ برَقَبَتِه ، كَالو اقْتَرَضَ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه . ووَجْهُ قول الخِرَقِيِّ ، أنَّه إذا أُذِنَ له في التِّجارَةِ ، فقد أُغْرَى النَّاسَ بمُعامَلَتِه وَأَذِنَ فِيهَا ، فَصَارَ ضَامِنًا ، كَمَا لُو قَالَ لَهُم : دَايْنُوه . أُو أَذِنَ فِي اسْتِدَانَةٍ تَزيدُ على قِيمَتِه . ولا فَرْقَ بينَ الدَّيْنِ الذي لَزِمَه في التِّجارَةِ المَأْذُونِ فيها ، أو فيما لم يُؤْذَنْ له فيه ، مثلَ أن أذِنَ له في التِّجارَةِ في البُرِّ(١) ، فاتَّجَرَ في غيرِه ، فإنَّه لا يَنْفَكُّ عن التَّغْرير ، إذ يَظُنُّ النَّاسُ أنَّه مَأْذُونٌ له في ذلك أيضًا .

الإنصاف كالغاصِب ، أو الفُضُولِيِّ ، على ما هو مُقَرَّرٌ في مَواضِعِه . وإنْ تصَرُّفَ في ذِمَّتِه بشِراء أو قَرْضٍ ، لم يصِحُّ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، يصِحُّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ عِتْقِه . ذَكَرَه في « الفُروع ِ » ، في كتابِ البَيْع ِ . وذكر المُصَنِّفُ الخِلافَ ، وصاحِبُ (الشَّرْحِ » ، وغيرُهما ، احْتِمالَيْن ، وصاحِبُ (التَّلْخيصِ ، وَجْهَيْن . فعلى المذهب ، إنْ وجَد ما أَخَذَه ، فله أُخْذُه منه ومِنَ السَّيِّدِ إنْ كان بيَدِه . فإنْ

⁽١) في م : ﴿ العين ﴾ .

⁽٢) في ر: (البز) .

الشرح الكبير

فصل: فأمّا أُرُوشُ جِناياتِه ، وقِيَمُ مُتْلَفاتِه ، فهى مُتَعَلِّقةٌ برَقَبةِ العَبْدِ ، سُواءٌ كَان مَأْذُونًا له أو لا ، روايةٌ واحِدةً . وبه يَقُولُ أبو حَنِيفَة ، والشافعيُّ . وكلُّ ما تَعَلَّقَ برَقَبةِ العَبْدِ خُيِّرَ السَّيِّدُ (۱) بينَ تَسْلِيمِه للبَيعِ (۱) والشافعيُّ . وكلُّ ما تَعَلَّق برَقَبةِ العَبْدِ خُيِّرَ السَّيِّدُ (۱) بينَ تَسْلِيمِه للبَيعِ (۱) وينَ فِدائِه ، فإذا بِيعَ ، وكان ثَمَنُه أقلَّ ممّا عليه ، فليس لرَبِّ الدَّيْنِ إلَّا ذلك ؛ لأنَّ العَبْدَ هو الجانِي ، فلم يَجِبْ على غَيْرِه شيءٌ . وإن كان ثَمَنه أكثرَ ، فالفَضْلُ للسَّيِّدِ . وذكر القاضي أنَّ ظاهِرَ كلام أحمدَ ، أنَّ السَّيِّدَ لا يَرْجِعُ بالفَصْلِ . ولَعَلَّه يَذْهَبُ إلى أنَّه دَفَعَه إليه عِوَضًا عن الجِنايَةِ ، فلم يَثِي لسَيِّدِه فيه شيءٌ ، كما لو مَلَّكَه إيَّاه عِوضًا عن الجِنايَةِ . وليس هذا صَجِيحًا ؛ فإنَّ المَجْنِيُّ عليه لا يَسْتَجِقُّ أَكْثَرَ مِن قَدْرِ أَرْشِ الجِنايَةِ عليه ،

الإنصاف

تَلِفَ مِنَ العَبْدِ فِي يَدِ السَّيِّدِ ، رَجَعَ عليه بذلك ، وإِنْ شَاءَ كَانَ مُتَعَلِّقًا برَقَبَةِ العَبْدِ . قَالَه المُصَنِّفُ ، أَنَّه يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ؛ يَهْدِيه عليه المُطَنِّفُ ، أَنَّه يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ؛ يهْدِيه سيِّدُه أو يُسَلِّمُه . وهو المذهبُ ، ونقلَه الجماعَةُ عن أحمدَ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم الخِرَقِيُّ ، وأبو بَكْرِ ، وغيرُهما . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَشْهورُ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . والرِّوايةُ النَّانيةُ ، يتَعَلَّقُ بذِمَّتِه ، ويُتَبَعُ به بعدَ العِتْقِ . وقدَّمه في « الخُلاصَةِ » . وأطلَقهما في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُغنى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، و تقدَّم روايَةُ حَنْبَلِ . وعنه ، إنْ فدَاه ، فداه و « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وعنه ، إنْ فدَاه ، فداه بكُلِّ الحقِّ ، بالِغًا مابلَغ . ذكرَها في « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وعنه ، إنْ عَلِمَ ربُّ العَيْنِ أَنَّه عَبْدٌ ، فلاشيءَله . نصَّعليه ، في روايَة حَنْبَل ، كاتقدَّم . فعلى المذهب ، العَيْنِ أَنَّه عَبْدٌ ، فلاشيءَله . نصَّعليه ، في روايَة حَنْبَل ، كاتقدَّم . فعلى المذهب ،

⁽١) في الأصل : ﴿ المشترى ﴾ .

⁽٢) في م : و للمبيع ۽ .

الشرح الكبير فهو كما لو جَنَى [١٢٩/٤ عليه حُرٌّ ، والجانِي لا يَجبُ عليه أكْثَرُ مِن أَرْش جنايَتِه ، ولأنَّ الحَقَّ تَعَلَّقَ بعَيْنِه ، فكان الفَضْلُ مِن ثَمَنِه لسَيِّدِه ، كالرَّهْن . ولا يَصِحُّ قَوْلُهم : إنَّه دَفَعَه عِوَضًا ؛ لأنَّه لو كان عِوضًا ، لمَلَكَه المَجْنِيُّ عليه ، و لم يُبَعْ في الجنايَةِ ، وإنَّما دَفَعَه ليُبًا عَ فيُؤْخَذَ منه عِوَضُ الجنايَةِ ويُرَدَّ إليه الباقِي ، ولذلك لو أَتْلُفَ دِرْهَمًا ، لم يَبْطُلْ حَقُّ سَيِّدِه منه بذلك . وإن عَجَز عن أَداءِ الدِّرْهَم ِ مِن غيرِ ثَمَنِه ، فإنِ اخْتارَ السَّيِّدُ فِداءَه ، لَزمَه أَقَلُّ

الإنصاف لو أعْتَقَه سيِّدُه ، فعلى السَّيِّدِ الذي عليه . نقلَه أبو طالِبٍ ، واقْتَصر عليه في « الفُروع ِ » . وعلى الرُّوايةِ الثَّانيةِ ، في أَصْلِ المَسْأَلَةِ ، وهو صِحَّةُ تصَرُّفِه إذا تَلِفَ ، ضَمِنَه بالمُسَمَّى . وعلى المذهب ، يَضْمَنُه بمِثْلِه إِنْ كَان مِثْلِيًّا ، وإلَّا بقِيمَتِه . وعلى الرُّوايةِ الثَّالثةِ أيضًا ، إنْ وَجدَه في يَدِ العَبْدِ ، انْتَزَعَه صاحِبُه منه ؛ لتَحَقُّق إعْسارِه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . وإنْ كان في يَدِ السَّيِّدِ ، لم يُنْتَزَعْ منه . على الصَّحيح مِنَ المذهب . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَشْهورُ . واخْتارَ صاحِبُ « التُّلْخيصِ » ، جَوازَ الانْتِزاعِ منه . انتهى . وإنْ تَلِفَ فى يَدِ السيِّدِ ، لم يَضْمَنْه . وهل يتَعَلَّقُ ثَمَنُه برَقَبَةِ العَبْدِ [٢/ ١٤٥ ظ] أو بذِمَّتِه ؟ على الخِلافِ المُتقَدِّم . وكذا إِنْ تَلِفَ في يَدِ العَبْدِ ، فمُقْتَضَى كلام المَجْدِ آ ، أَنَّه لا يُنْتَزَعُ (١) ، وإنْ كان بيد العَبْدِ ، وأنَّ الثَّمَنَ يتَعَلَّقُ بلرِمَّتِه . قالَه الزَّرْكَشِيُّ . قال : ويَظْهَرُ قَوْلُ المَجْدِ ، إنْ عَلِمَ البائعُ أو المُقْرِضُ بالحال ، وإنْ لم يَعْلَمْ ، فيتَوَجَّهُ قَوْلُ الأَكْثَرِين . الحالَةُ الثَّانيةُ ، أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا له ، ويَسْتَدِينَ ، فَيَتَعَلَّقَ بَذِمَّةِ سيِّدِه . على الصَّحيح مِنَ المذهب ؛ لأَنَّه تَصَرَّفَ لغيرِه ، ولهذا له الحَجْرُ عليه ، وتَصَرَّفَ في بَيْع ِ خِيارٍ بفَسْخ ٍ أو إمْضاءٍ ،

⁽١) في الأصل ، ط : (يتبرع) .

الشرح الكبير

الأَمْرَيْن ؛ مِن قِيمَتِه أَو أَرْشِ جِنايَتِه ؛ لأَنَّ (') أَرْشَ الجِنَايَةِ إِن كَانَ أَكْثَرَ ، فلا يَتَعَلَّقُ بغيرِ العَبْدِ الجَانِي ؛ لَعَدَم الجِنايَةِ مِن غيرِه ، وإنَّما تَجِبُ قِيمَتُه وإِن كَانَ أَقَلَ ، فلم يَجِبْ بالجِنايَةِ إِلَّا هُو . وعن أَحمدَ روايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّه يَلْزَمُه (') أَرْشُ الجِنايَةِ كله ؛ لأَنَّه يَجُوزُ أَن يَرْغَبَ فيه راغِبٌ ، فيَشْتَرِيَه بأَرْشِ الجِنايَةِ ، فإذا مَنع منه ، لَزِمَه جَمِيعُ الأَرْشِ ؛ لتَفُويتِه ذلك . وللشافعيِّ قَوْلان ، كالرِّوايَتَيْن .

فصل: فإن تَصَرَّفَ العَبْدُ غيرُ المَأْذُونِ بَبَيْعٍ ، أو شِراءِ بعَيْنِ المَالِ ، لَم يَصِحَّ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ مِن المَحْجُورِ عليه فيما حُجِر عليه فيه ، أشبَه المُفْلِسَ ، وقِياسًا على تَصَرُّفِ الأَجْنَبِيِّ . ويَتَخَرَّجُ أَن يَصِحَّ ، ويَقِفَ على المُفْلِسَ ، وقِياسًا على تَصَرُّفِ الأَجْنَبِيِّ . فأمّا شِراؤُه بثَمَن في ذِمَّتِه واقْتِراضُه ، إجازةِ السَّيِّدِ ، كَتَصَرُّفِ الفُضُولِيِّ . فأمّا شِراؤُه بثَمَن في ذِمَّتِه واقْتِراضُه ، فيحتَمِلُ أَن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه ، أَشْبَهَ السَّفِية ، ويَحْتَمِلُ أَن يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه ، أَشْبَهَ المَفْلِسَ والمَريضَ . ويَتَفَرَّعُ على يَصِحَّ ؛ لأنَّ الحَجْرَ لحَقِّ غيرِه ، أَشْبَهَ المُفْلِسَ والمَريضَ . ويَتَفَرَّعُ على

وثُبوتِ المِلْكِ . ويَنْعَزِلُ وَكِيلُه بِعَزْلِ سِيِّدِه للمُوكَّلِ ، ولذلك تعَلَّقَ بِذِمَّةِ سِيِّدِه ، الإنصاف وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به الخِرَقِيُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُنوِّرِ » ، و ناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، وغيرُهم . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَشْهورُ مِنَ الرِّواياتِ ، واخْتِيارُ القاضى ، والخِرَقِيِّ ، وأبِي الخَطَّابِ ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و غيرِهم . وهو مِن وغيرِهم . وهو مِن

⁽١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير هذَيْن الوَجْهَيْن ، أنَّ التَّصَرُّفَ إِن كان فاسِدًا ، فللبائِع ِ والمُقْرض أَخْذُ مالِه إن كان باقيًا ، سَواءٌ كان في يَدِ العَبْدِ أو السَّيِّدِ ، وإن كان تَالِفًا ، فله قِيمَتُه ، أو مِثْلُه إن كان مِثْلِيًّا . فإن تَلِفَ في يَدِ السَّيِّد ، رَجَع عليه بذلك ؟ لأَنَّ عَيْنَ مالِه تَلِف في يَدِه ، وإن شاء كان ذلك مُتَعَلِّقًا برَقَبَةِ العَبْدِ ؛ لأنَّه الذي أُخَذَه منه ، وإن تَلِف في يَدِ العَبْدِ ، فالرُّجُوعُ عليه . وهل يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّتِه ؟ على رِوايَتَيْن . وإن قُلْنا : التَّصَرُّفُ صَحِيحٌ . والمَبيعُ في يَدِ العَبْدِ ، فللبائِع ِ فَسْخُ البَيْع ِ ، وللمُقْرِضِ الرُّجُوعُ فيما أَقْرَضَ ؛ لأنَّه قد

الإنصاف مُفْرَداتِ المذهب. وعنه ، يتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . وأَطْلَقهما المُصَنِّفُ هنا ، وصاحِبُ « الهدايَةِ » ، و « المُنْهَب » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيص » ، و ﴿ الشُّرْحِ ﴾ ، والزُّرْكَشِيُّ ، وغيرُهم . قال الزَّرْكَشِيُّ : وبنَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّين الرِّوايتَيْن على أنَّ تصَّرُّفَه مع الإِذْنِ ، هل هو لسَيِّدِه ، فيتَعَلَّقَ بذِمَّتِه كوَكِيلِه ، أو لْنَفْسِه ، فيتَعَلَّقَ برَقَبَتِه ؟ على رِوايتَيْن . انتهى . وعنه ، يتَعَلَّقُ بذِمَّةِ سَيِّدِه وبرَقَبَتِه . وذكَر في ﴿ الوَسِيلَةِ ﴾ ، رِوايةً ، يتَعَلَّقُ بذِمَّةِ العَبْدِ . ونقَل صالِحٌ ، وعَبْدُ اللهِ ، يُؤْخَذُ السَّيِّدُ بما اسْتَدانَ لِمَا أَذِنَ له فيه فقط . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، إذا ادَّانَ ، فعلى سَيِّدِه ، وإِنْ جنَى ، فعلى سيِّدِه . وقال في « الرَّوْضَةِ » : إِنْ أَذِنَ له مُطْلَقًا ، لَزِمَه كلَّ مَا ادَّانَ ، وإِنْ قَيَّدَه بَنُوعٍ لِم يَذْكُرْ فيه اسْتِدانَةً ، فَبَرَقَبَتِه ، كغيرِ المَأْذُونِ .

تنبيهات ؛ الأُوَّلُ ، يكونُ التَّعَلَّقُ بالدَّيْنِ كله . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . نقَلَه الجماعَةُ عن أحمدَ ، واخْتارَه جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ . وهو ظاهِرُ كلام ِ الأصحابِ . وفي ﴿ الوَسِيلَةِ ﴾ : يتَعَلَّقُ بقَدْرِ قِيمَتِه . ونقَلَه مُهنًّا . الثَّاني ، محَلَّ الخِلافِ المُتقَدِّم ِ في الحالَتَيْن ، إنَّما هو في الدُّيونِ . أمَّا أُرُوشُ جناياتِه ،

تَحَقَّقَ إعْسارُ المُشْتَرِي والمُقْتَرِضِ ، فهو أَسْوأُ حالًا مِن الحُرِّ المُعْسِرِ . الشرح الكبير وإن كان السَّيِّدُ قد انْتَزَعَه مِن يَدِ العَبْدِ ، مَلَكَه بذلك ؛ لأنَّه أَخَذَ مِن عَبْدِه مالًا في يَدِه بحَقٍّ ، فهو كالصَّيْدِ . فإذا مَلَكَه السَّيِّدُ كان كهَلاكِه في يَدِ العَبْدِ ، ولا يَمْلِكُ البائِعُ والمُقْرِضُ انْتِزاعَه مِن السَّيِّد بحالِ . فإن كان قد تَلِف ، اسْتَقَرَّ ثَمَنُه في رَقَبَةِ العَبْدِ أو في ذِمَّتِه ، سَواءٌ تَلِف في يَدِ العَبْدِ أو

مَا لَهُ المَّا فَرُونَ له شيئًا ، لم يَصِحُ - مسألة : (وإذا باع السَّيِّدُ عَبْدَه المَأْذُونَ له شيئًا ، لم يَصِحُ

وقِيَمُ مُثْلَفاتِه ، فَتَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ، رِوايةً واحدَةً . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ، وغيرُهما . الإنصاف وقدَّمه في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ . وتقدَّم قريبًا رِوايَةُ ابنِ مَنْصُورٍ ، إِنْ جنَى ، فعلى سَيِّدِه . الثَّالِثُ ، عُمومُ كلام المُصَنِّف ، وكثير مِنَ الأصحابِ ، يَقْتَضِي جَرَيانَ الخِلافِ ، وإنْ كان في يَدِه مالٌ . وهو صحيحٌ ، وقطَع به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وجعَل ابنُ حَمْدانَ في « رِعايَتِه » محَلُّ الخِلافِ ، فيما إذا عجَز ما في يَدِه عن ِ الدَّيْنِ .

فائدتان ؟ إحداهما ، حُكْمُ ما اسْتَدانَه أو اقْتَرضَه بإذْنِ السَّيِّدِ ، حُكْمُ ما اسْتَدانَه للتِّجارَةِ بإِذْنِه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وصاحبُ « الرِّعايةِ » ، وغيرُهم . وقطَع في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ البُّلْغَةِ ﴾ بلُزومِه للسَّيِّدِ ، وكذا قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّين . وهو ظاهِرُ كلام المَجْدِ . الثَّانيةُ ، لا فَرْقَ فيما اسْتَدانَه بينَ أَنْ يكونَ فيما أَذِنَ له فيه ، أو في الذي لم يُؤْذَنْ له فيه ، كما لو أَذِنَ له في التِّجارَةِ في البُرِّ فيَتَّجِرُ في غيرِه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الرِّعايةِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهم . ونقَلَه . أبو طالِبٍ . قال الزَّرْكَشِيُّ : وفيه نَظَرٌ . وهو كما قالَ .

قوله : وإنْ باعَ السَّيِّدُ عَبْدَه المأذُونَ شيئًا ، لم يَصِحُّ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وهو

الشرح الكبير في أَحَدِ الوَجْهَيْن) [١٣٠/٤] لأنَّه مَمْلُوكُه ، فلا يَثْبُتُ له دَيْنٌ في ذِمَّتِه ، كغير المَأْذُونِ له ، أو كمَن لا دَيْنَ عليه (ويَصِحُّ في الآخرِ إذا كان عليه دَيْنٌ بِقَدْرِ قِيمَتِه ﴾ لأنَّا إذا قُلْنا: إنَّ الدَّيْنَ يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه. فكأنَّه صار مُسْتَحَقًّا لأَصْحَابِ الدُّيُونِ ، فَيَصِيرُ كَعَبْدِ غيره .

الإنصاف المذهبُ ، صحَّحه في « التَّصْحيح ِ » . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . واختارَه ابنُ عَبْدُوس ، وغيرُه . وقدُّمه في «الخُلاصَةِ» ، و «الرِّعايتَيْن » ، و ﴿ الْحَاوِيَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، و ﴿ النَّظْمِ ﴾ ، وغيرِهم .

قوله : ويَصِحُّ في الآخَرِ إذا كان عليه دَيْنٌ بقَدْرِ قِيمَتِه . وهو روايَةٌ في « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوى » ، و « الفائق » ، وغيرِهم . وأطْلَقهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِسي » ، و ﴿ التُّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ ِ ابنِ مُنجَّى ﴾ ، وغيرِهم . وقيل : يَصِحُّ مُطْلَقًا . ذَكَرَه في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . وأمَّا شِراءُ السَّيِّدِ مِن عَبْدِه ، فيأْتِي ف كلام المُصَنِّف ، في المُضارَبَة ، في قولِه : وكذلك شراءُ السَّيِّد مِن عَبْدِه .

فائدة : لو ثبَت على عَبْدٍ دَيْنٌ ، زادَ في « الرِّعايةِ » ، أو أَرْشُ جِنايَةٍ ، ثم ملكه مَن له الدَّيْنُ أُوِ الأَرْشُ ، سقَط عنه ذلك . على الصَّحيح مِنَ المذهب . قدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، وغيرِهما . وقيل : لا يَسْقُطُ . وأَطْلَقهما في « المُحَرَّرِ » ، و « الفَروع » ، ذكَرُوه في كتاب الصَّداقِ .

وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي قَدْرِ مَا أَذِنَ لَهُ فِيهِ . وَإِنْ حُجرَ عَلَيْهِ وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، ثُمَّ أَذِنَ لَهُ ، فَأَقَرَّ بهِ ، صَحَّ .

المقنع

۱۹۷۹ – مسألة : ﴿ وَيَصِحُّ إِقْرَارُ المَأْذُونِ لِهِ فِي قَدْرِ مَا أَذِنِ لِهِ فِيهِ ﴾ الشرح الكبير دُونَ ما زاد عليه ؛ لأنَّه لم يُؤْذَنْ له فيه ، فهو كغيرِ المَأْذُونِ له ، ولأنَّ الذي أَذِن له فيه يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، فيصِحُّ إِقْرارُه به ، كالحُرِّ .

• ١٩٨٠ – مسألة : (وإن حُجِر عليه وفى يَدِه مالٌ ، ثم أُذِن له فيه ، فأُخِرَ له فيه ، فأُخِرَ له فيه ، فأُخِرَ به ، صَحَّ) لأنَّ المانِعَ مِن صِحَّةِ إِقْرارِه الحَجْرُ عليه ، وقد زال ، ولأنَّه يَصِحُّ أَقْرارُه به ، كما لو لم يُحْجَرْ عليه ، وقِياسًا على غيرِه مِن الأَحْرارِ .

قوله: ويصِحُّ إقرارُ المَّاذُونِ في قَدْرِ ما أُذِنَ له فيه. هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الإنصاف الأصحابِ. وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقال أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبِي مُوسى : إنَّما يصِحُّ إقرارُ الصَّبِيِّ فيما أُذِنَ له فيه مِنَ التِّجارَةِ [٢/٢١ و] إذا كان يَسِيرًا . وأطَلَقَ في « الرَّوْضَةِ » صِحَّةَ إقرارِ المُمَيِّزِ . وذكر الآدَمِيُّ البَغْدادِئُ ، أنَّ السَّفِية والمُمَيِّز . وذكر الآدَمِيُ البَغْدادِئُ ، أنَّ السَّفِية والمُمَيِّز . إذا أقرَّا بمالٍ ، أُخِذَ بعدَ الحَجْرِ . إذا أقرَّا بمالٍ ، أُخِذَ بعدَ الحَجْرِ . قال في « الفُروعِ » : كذا قال . وإنَّما ذلك في السَّفِيةِ . وهو كما قالَ . ويأتِي ذلك في كتابِ الإِقْرارِ بأَتَمَّ مِن هذا ، ويأْتِي هناك إقرارُ العَبْدِ غيرِ المَأْذُونِ له ، في كلامِ المُصَنِّفِ .

قوله : وإنْ حُجِرَ عليه وفي يَدِه مالٌ ، ثم أَذِنَ له ، فأقرَّ به ، صَحَّ . هذا المذهبُ . جزَم به في « الهِدايةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « المُشتَوْعِب »، و « الخُلاصَةِ » ،

الإنصاف و « المُغْنِي » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّـرْحِ ِ » ، و « الرِّعايتَيْــن » ، و « الحاويَيْن » ، و « الوَجيز » ، و « تَذْكِرَةِ ابن عَبْدُوس » ، وغيرهم . وقدُّمه في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ . وقال : ذكرَه الأَزَجِيُّ ، وصاحِبُ ﴿ التَّرْغيبِ ﴾ ، وغيرُهما . وقيل : إِنَّمَا ذلك في الصَّبِيِّ ، في الشيءِ اليَسِيرِ . ومنَع في ﴿ الْانْتِصَارِ ﴾ عدَمَ الصُّحَّةِ ، ثم سلَّم ذلك .

فائدة : لو اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ على سَيِّدِه بلا إِذْنِه (١١) ، صحَّ . قال في « الرِّعايةِ الكُبْرِئ » : صحَّ في الأصحِّ . وجزَم به في « الهدايَّةِ » ، و « رُءُوس المَسائل » له . وأقَرَّه في « شَرْحِ الهدايةِ » . وقيل : لا يصِحُّ . صحَّحه في « النَّظْمِ » ، وشيْخُنا في ﴿ تَصْحيحِ المُحَرِّر ﴾ . واختارَه القاضي ، قالَه المَجْدُ في ﴿ شَرْحِه ﴾ ، وأَطْلَقهما في (المُغْنِي) ، و (الشُّرْحِ) ، في بابِ المُضارَبَةِ ، و (المُحَرَّرِ) ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، وزادَ ، لو اشْتَرى مَن يَعْتِقُ على امْرأَتِه ، وزَوْجَ صاحِبَةِ المالِ . وقال في « الرِّعايةِ الكُبْرَى » ، في باب الكِتابة ِ : وإنِ اشْتَرى زَوْجتَه ، انْفَسَخَ نِكاحُها ، وإنِ اشْترَى زَوْجَةَ سيِّدِه ، احْتَمَلَ وَجْهَيْن . انتهى . وكذا الحُكْمُ لو اشْترَى امْرأَةَ سيِّدِه ، أو صاحِبَةَ المالِ . قالَه في « المُغنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « شَرحْ ابن مُنَجَّى » ، وغيرهم ، في باب المُضارَبَةِ . فعلى الأوَّل ، لو كان عليه دَيْنٌ ، فقِيل : يُباعُ فيه . قدَّمه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : يَعْتِقُ . وهو احْتِمالٌ في « الرِّعايَةِ » . وأَطْلَقَهما في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . ويأْتِي نَظِيرُها ، لوِ اشْتَرَى المُضارِبُ مَن يَعْتِقُ على رَبِّ المال في المُضارَبَةِ . وقد تقدُّم في أوَّل كتاب الزَّكاةِ ، هل يَمْلِكُ العَبْدُ بالتَّمْلِيكِ ، أم لا ؟ وذكرْنا هناك فَوائِدَ جَمَّةً ، ذكرَها أكثرُ الأصحاب هنا ، فلتُراجَعْ هناك .

⁽١) بياض في الأصل ، ط.

١٩٨١ – مسألة : ﴿ وَلَا يَبْطُلُ الإِذْنُ بِالإِباقِ ﴾ وبه قال الشافعيُّ . الشرح الكبير وقال أبو حَنِيفَةَ : يَبْطُلُ(') به(') ؛ لأنَّه يُزِيلُ وِلاَيَةَ السَّيِّدِ عنه في التِّجارَةِ ، بدَلِيل أَنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُه ولا هِبَتُه ولا رَهْنُه ، فأَشْبَهَ ما لو باعَه . ولَنا ، أنَّ الإِّباقَ لا يَمْنَعُ الْبِتِداءَ الإِذْنِ له في التِّجارَةِ ، فلم يَمْنَع ِ اسْتِدامَتَه ، كما لو غَصَبَه غاصِبٌ ، أو حُبِس بدَيْنِ عليه . ولا يَصِحُ ما ذَكَرُوه ؛ فإنَّ سَبَبَ الوِلاَيَةِ باقٍ ، وهو الرِّقُّ ، ويَجُوزُ بَيْعُه وإجارَتُه ممَّن يَقْدِرُ عليه ، ويَبْطُلُ بالمَغْصُوبِ .

قوله : ولا يَبْطُلُ الإِذْنُ بالإِباقِ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال في الإنصاف « الفَروع ِ » : ولا يَبْطُلُ إِذْنُه بإباقِه في الأصحِّ . واخْتارَه القاضي . وجزَم به في « الهدايَةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « الوَجيز » ، وغيرهم . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابن ِ عَبْدُوس ٍ » . وقيل : يَيْطُلُ . اخْتَارَه ابنُ عَبْدُوسِ في ﴿ تَذْكِرَتِه ﴾ . وقدَّمه في ﴿ المُسْتَوْعِب ﴾ . قلتُ : وهو الصُّوابُ . وأطْلَقهما في « التَّلْخيص » .

> فَائِدَةً : لُو دَبَّرَه ، أُو اسْتَوْلَدَها ، لم يَبْطُلْ إِذُّنَّه . جزَم به في ﴿ الفُروعِ ﴾ . وفي بُطْلانِ إِذْنِه بَكِتابَةٍ وَحُرِّيَّةٍ وأُسْرٍ ، خِلافٌ في ﴿ الانْتِصارِ ﴾ . وفي ﴿ المُوجَزِ ﴾ ، و ﴿ التَّبْصِرَةِ ﴾ ، يَزُولُ مِلْكُه بحُرِّيَّةٍ وغيرِها ؛ كحَجْرٍ على سيِّدِه . وقال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « المُسْتَوْعِب » : يَبْطُلُ إِذْنَه بِخُروجِه عِن مِلْكِه بَبَيْع ٍ أو هِبَةٍ أُو صَدَقَةٍ أُو سَبْي . وجزَما بأنَّه يَبْطُلُ إذَّنه بإيلادِها ، وهو بعيدٌ .

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) سقط من : الأصل ، ر ، م .

المنه وَلَا يَصِحُ تَبَرُّعُ الْمَأْذُونِ لَهُ بِهِبَةِ الدَّرَاهِمِ وَكُسْوَةِ الثِّيَابِ. وَيَجُوزُ هَدِيَّتُهُ لِلْمَأْكُولِ ، وَإِعَارَةُ دَابَّتِهِ .

الشرح الكبير

١٩٨٢ – مسألة : ﴿ وَلَا يَصِحُ تَبَرُّعُ الْمَأْذُونِ لَهُ بَهِبَةِ الدَّرَاهِمِ وكُسْوَةِ الثِّيابِ) لأنَّ ذلك ليس مِن(١٠ التِّجارَةِ، ولا يُحْتاجُ إليه فيها، فأشْبَهَ غيرَ المَأْذُونِ له .

١٩٨٣ – مسألة : (وتَجُوزُ هَدِيَّتُه للمَأْكُول ، وإعارَةُ دائِّته) واتِّخاذُ الدَّعْوَةِ ما لم يَكُنْ إِسْرافًا . وبه قال أبو حَنِيفَةَ . وقال الشافعيُّ : لا يَجُوزُ ذلك بغير إِذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بمالِ مَوْلاه ، فلم يَجُزْ ، كَهِبَةِ الدَّراهِم . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيُّ عَلَيْكُ كَانَ يُجِيبُ دَعْوَةَ الْمَمْلُوكِ(٢) . وروَى أبو سعيدٍ مَوْلَى أبي (") أُسِيدٍ ، أنَّه تَزَوَّجَ ، فحَضَرَ دَعْوَتَه أُناسٌ مِن

الإنصاف

قوله : ولا يَصِحُّ تَبَرُّعُ المَأْذُونِ له بهِبَةِ الدَّرَاهِمِ وكُسْوَةِ الثَّيَابِ . بلا نِزاعٍ . قوله: ويجوزُ – يعْنِي للعَبْدِ – هَدِيَّتُه للمأْكُولِ وإعَارَةُ دَائِّتِه . وكذا عمَلُ دَعْوَةٍ ونحوُّه ، مِن غيرِ إِسْرافٍ فِى الكُلِّ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . وجزَم به في « الهدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و« المُغْنِي »،و « المُحَرَّرِ »،و « الشَّرْحِ ِ »،و « التَّلْخيصِ ِ »،و« الرِّعايتَيْن »،

⁽١) في الأصل: ﴿ فِي ﴾ .

⁽٢) أخرجه الترمذي ، في : باب آخر ، من أبواب الجنائز . عارضة الأحوذي ٤ / ٢٣٥ . وابن ماجه ، في : باب ما للعبد أن يعطى ويتصدق ، من كتاب التجارات ، وفي : باب البراءة من الكبر والتواضع ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ۲ / ۱۳۹۸ ، ۱۳۹۸ .

⁽٣) في م : (بني) .

وَهَلْ لِغَيْرِ الْمَأْذُونِ الصَّدَقَةُ مِنْ قُوتِهِ بِالرَّغِيفِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ اللَّهِ وَلَاَ عَلَى وَوَايَتَيْنِ . ` وَنَحْوِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . `

أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ عَلِيْكُ ، منهم عبدُ الله بنُ مسعودٍ ، وحُذَيْفَةُ ، وأبو ذَرِّ ، الشرح الكبير فأمَّهم ، وهو يَوْمَئِذٍ عَبْدٌ . رَواه صالِحٌ () في « مَسائِلِه » باإِسْنادِه (٢٠ . ولأنَّه ممّا جَرَتْ به عادَةُ التُّجارِ فيما بينَهم ، فيَدْخُلُ في عُمُومِ الإِذْنِ .

١٩٨٤ - مسألة : (وهل لغير المَأْذُونِ له الصَّدَقَةُ مِن قُوتِه بالرَّغِيفِ وَنحوِه ، إذا لم يَضُرَّ بِه ؟ على روايَتَيْن) إحْداهُما ، ليس له ذلك ؛ لأنَّ المالَ لسَيِّدِه ، وإنَّما أَذِنَ له في الأكل ، فلم يَمْلِكِ الصَّدَقَةَ به ، كالضَّيْفِ ، والمالَ لسَيِّدِه ، وإنَّما أَذِنَ له في الأكل ، فلم يَمْلِكِ الصَّدَقَةَ به ، كالضَّيْف ، والمالية ، يَجُوزُ ؛ لأنَّه ممّا وَرَبِ العادَةُ بالمُسامَحةِ فيه والإِذْنِ عُرْفًا ، فجاز ، كصَدَقةِ المرأةِ مِن بَيْتِ زَوْجِها .

و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ ، » ، الإنصاف وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروعِ ِ » . وقيل : لا يجوزُ . اخْتارَه الأَزَجِيُّ .

قوله: وهل لغيرِ المَأْذُونِ له الصَّدَقَةُ مِن قُوتِه بالرَّغيفِ إِذَا لَم يَضُرَّ به ؟ على رِوايتَيْن . يعْنِي للعَبْدِ . وأطْلَقهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » ؛ إحْداهما ، يجوزُ له ذلك . وهو المذهبُ . صحَّحه في « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ،

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) تقدم تخريجه في ٣٤٨/٤ ، ٣٤٩ .

⁽٣) في م : (ولا) .

المَنه [١٢٠ و] وَهَلْ لِلْمَرْأَةِ الصَّدَقَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا بِغَيْرٍ إِذْنِهِ بِنَحْوِ ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

• ١٩٨٥ - مسألة : (وهل للمرأة الصَّدَقَةُ مِن بَيْتِ زَوْجها بغير إذْنِه بنَحْوِ ذلك ؟ على روايَتَيْن ﴾ إحْداهما ، يَجُوزُ ؛ لأنَّ عائشةَ قالت : قال رسولُ اللهِ عَلِيلَةُ : ﴿ مَا أَنْفَقَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا ، غَيْرَ مُفْسِدَةٍ ، كَانَ لَهَا أَجْرُهَا ، وَلَهُ مِثْلُهُ بِمَا كَسَبَ ، وَلَهَا بِمَا أَنْفَقَتْ ، وَلِلْخَازِنِ مِثْلُ ذَلِكَ ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ أَجُورِهِمْ شَيْءٌ ﴾ . و لم يَذْكُرْ إِذْنًا . وعن أسماءَ ، أَنُّهَا جَاءَتِ النبيُّ عَلِيْكُمُ ، فقالت : يا رسولَ الله ِ، ليس لي(١) شيءٌ إلَّا ما أَدْخَلَ عَلَى الزُّبَيْرُ ، فهل عَلَى جُناحٌ أَن أَرْضَخَ (٢) ممّا يُدْخِلُ عَلَى ؟ قال: « ارْضَخِي مَا اسْتَطَعْتِ ، وَلَا تُوعِي (") ، (فَيُوعِيَ اللهُ ') عَلَيْكِ » . مُتَّفَقٌ

الإنصاف وغيرِهما . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسِ وغيرُه . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرهم . والرُّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يجوزُ .

فَائِدَةً : لا تَصِحُّ هِبَةُ العَبْدِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . نصَّ عليه في روايَةِ حَنْبَلِ . قال الحارِثِيُّ : وهذا على كِلا الرُّوايتَيْن ؛ المِلْكِ ، وعدَمِه .

قوله : وهل للمَرْأَةِ الصَّدَقَةُ مِن بَيْتِ زَوْجِها بغيرِ إِذْنِه بنَحْوِ ذلك ؟على رِوايَتَيْن .

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) أى : أعطى شيئا قليلا .

⁽٣) أى : لاتشحى بالنفقة .

⁽٤ - ٤) في الأصل ، ر ، ق : (فيوعي) .

المقنع

عليهما(١) . ورُوىَ أَنَّ امرأةً أَتَتِ النبيُّ عَلِيلِكُم ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ، إنَّا كُلُّ على أَزْواجِنا وآبائِنا(١) ، فما يَحِلُّ لَنا مِن أَمُوالِهم ؟ قال.: ﴿ الرَّطْبُ(١)

وأَطْلَقهما في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الكافِي » ، و « التَّلْخيصِ ِ » ، و « الفائق » ؛ إحْداهما ، يجوزُ . وهو المذهبُ . وصحَّحه المُصَنِّفُ _{[٢/} ١٤٦ ع ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيح ِ » ، و « النَّظْم ِ » . قال النَّاظِمُ وغيرُه : لها ذلك ما لم يَمْنَعُها . وجزَم به في « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، . و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِيِّ » ، وغيرِهم . وانْحتارَه ابنُ عَبْدُوسِ في « تَذْكِرَتِه » ، وغيرُه . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ،

⁽١) أخرج الأول ، البخارى في : باب من أمر خادمه بالصدقة و لم يناول بنفسه ، وباب أجر الخادم إذا تصدق ... ، وباب أجر المرأة إذا تصدقت ... ، من كتاب الزكاة ، وفي باب قول الله تعالى : ﴿ أَنفقُوا مَن طيبات ما كسبتم ﴾ ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٣٩/٢ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ٧٣/٣ ؛ ومسلم ، في : باب أجر الخازن الأمين والمرأة إذا تصدقت ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١٠/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٩١/١ ، ٣٩٢ . والترمذي ، في : باب في نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذي ١٧٧/٣ . والنسائي، في: باب صدقة المرأة من بيت زوجها، من كتاب الزكاة. المجتبي ٤٩/٥. وابن ماجه، في: باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٧٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند

والثانى أخرجه البخارى ، في : باب الصدقة في ما استطاع ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب هبة المرأة لغير زوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢٠٧/٣ ، ١٤١/٢ . ومسلم ، في : باب الحث في الإنفاق وكراهة الإحصاء ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١٤/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الإحصاء في الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبي ٥/٥٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٥٦، ٣٤٦ ، ٣٥٣ .

⁽٢) في م : ﴿ أَبِنَاتُنَا ﴾ .

⁽٣) الرطب: ما لا يدخر ولا يبقى كالفواكه والبقول والأطبخة . النهاية في غريب الحديث ٢٣٢/٢ .

الشرح الكبير

تأْكُلِينَهُ وَتُهْدِينَهُ »(١) . ولأنَّ العادَةَ السَّماحُ بذلك ، وطِيبُ النَّفْس به ، فَجَرَى مَجْرَى صَريحِ الإِذْنِ ، كَمَا أَنَّ تَقْدِيمَ الطَّعام بينَ يَدَى الأَكَلَةِ قام مَقامَ صَريحِ الإِذْنِ في أَكْلِه . والثانيةُ ، لا يَجُوزٌ ؛ لِما(٢) روَى أبو أمامَةَ الباهِلِيُّ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ عَلِيُّ يَقُولُ : ﴿ لَا تُنْفِقُ الْمَرْأَةُ شَيْمًا مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » . قِيلَ : يا رسولَ الله ِ ، ولا الطُّعامَ ؟ قال : « ذَاكَ أَفْضَلَ أَمْوالِنَا » . رَواه سعيدٌ في « سُنَنِه »(٣) . وقال النبيُّ عَلِيُّكُم : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئُ مُسْلِم ٍ إِلَّا عَنْ طِيب نَفْس ِ مِنْهُ »('') . وقال : « إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْنَكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هذا ، فِي شَهْر كُمْ هذا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا »(°). ولأنَّه تَبَرُّعٌ بمال غيرِه بغيرِ إذَّنِه ، فلم يَجُزْ ، كغيرِ الزَّوْجَةِ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الأحادِيثَ فيه خاصَّةٌ صَحِيحةٌ ، والخاصُّ يُقَدَّمُ على العامِّ ويُبَيِّنُه ، ويُعَرِّفُ أنَّ المرادَ بالعامِّ غيرُ الصُّورَةِ

الإنصاف و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروع ِ » ، وقال : والمُرادُ ، إلَّا أَنْ يَضْطَرِبَ العُرْفُ ، ويُشَكُّ في رِضاه ، أو يكونَ بخِيلًا ، وتَشُكُّ في رِضَاه ، فلا

⁽١) أخرجه أبو داود ، في : باب المرأة تنصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٩٢/١ . (٢) سقط من : الأصل .

⁽٣) وأخرجه أبو داود ، في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٦/٢ . والترمذي ، في : باب في نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة ، وفي : باب ما جاء لا وصمة لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذي ١٧٦/٣ ، ١٧٧ ، ٢٧٦/٨ . وابن ماجه ، في : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٧٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٣٦٧ .

⁽٤) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٧٢/٥ ، ١١٣ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني . 17/4

⁽٥) تقدم تخريجه من حديث جابر الطويل في صفة الحج في ٣٦٣/٨ .

المَخْصُوصَةِ ، والحديثُ الخاصُّ للرِّوايَةِ الثانيةِ ضعيفٌ . ولا يَصِحُّ قِياسُ الشرح الكبير المرأةِ على غيرها ؛ لأنُّها بحُكْم العادَةِ تَتَصَرُّفُ في مال زَوْجها ، وتَتَبَسَّطَ فيه ، وتَتَصَدَّقُ منه بِجُضُورِه وغَيْبَتِه ، والإِذْنُ العُرْفِيُّ يَقُومُ مَقامَ الإِذْنِ الحَقِيقِيِّ ، فصار كأنُّه قال لها : افْعَلِني هذا . فأمَّا إن مَنعَها ذلك ، وقال : لاتَتَصَدَّقِي بشيء ، ولا تَتَبَرَّعِي مِن مالِي بقَلِيلِ ولا كَثِيرٍ . لم يَجُزُّ لها ذلك ؟ لأنَّ المَنْعَ الصَّرِيحَ يَنفِي الإِذْنَ العُرْفِيُّ . وكذلك لو كانتِ امْرَأْتُه مَمْنُوعَةً مِن التَّصَرُّفِ فِي بَيْتِ زَوْجِها ، كالتي يُطْعِمُها بالفَرْض ، ولا يُمَكِّنُها مِن طَعامِه ، فهو كما لو مَنَعَها بالقولِ . فإن كان [١٣١/٤] في بَيْتِ الرجلِ مَن يَقُومُ مَقامَ امْرَأَتِه ، كجاريَتِه وأُخْتِه وغُلامِه المُتَصَرِّفِ في بَيْتِ سَيِّدِه وطَعامِه ، فهو كالزُّوْجَةِ فيما ذَكَرْنا ؛ لوُجُودِ المَعْنَى فيه . واللهُ أعلمُ .

يصِحُّ . والرُّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يجوزُ . نقَلَها أبو طالِبِ ، كَصَدَقَةِ الرُّجُلِ مِن طَعامِ الإنصاف المرْأَةِ ، وكمَن يُطْعِمُها بفَرْض و لم يعْلَمْ رِضاه . قال في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ : و لم يُفَرِّقْ أحمدُ .

•			
,			
•			

بابُ الوِكالَةِ

وهى جائِزة بالكِتابِ والسُّنَّةِ والإِجْماعِ ؛ أمّا الكِتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسْكِينِ وَٱلْعَلْمِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ (١) . فَجَوَّزَ الْعَمَلَ عليها ، وذلك بحُكْمِ النِّيابَةِ عن المُسْتَحِقِّين . وأيضًا قولُه تعالى : ﴿ فَالْبَعْثُواْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَلْدِهِ إِلَى ٱلْمُدِينَةِ فَلْيَنظُرُ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَا يُحَرِّرُهُ مِنْهُ ﴾ (١) . وهذه وَكَالَة . وأمّا السُّنَّة ، فرَوَى أبو داود ، فلْيَأْتِكُم بِرِزْقِ مِنْهُ ﴾ (١) . وهذه وَكَالَة . وأمّا السُّنَة ، فرَوَى أبو داود ، والأثرَمُ ، وابنُ ماجَه (١) ، بإسنادِهم ، عن عُرْوة بن الجعد ، قال : عُولَ الجَعْدِ ، قال : فَقال : ﴿ يَا عُرْوَةُ ، اثْتِ عُرْضَ للنبيِّ عَلِيلِّهُ جَلَبٌ ، فأعْطانِي دِينارًا ، فقال : ﴿ يَا عُرْوَةُ ، اثْتِ فَاشَتَرْ لَنَا شَاةً ﴾ . قال : فأتَيْتُ الجَلَبَ فساوَمْتُ صاحِبَه ، فاشَتَرْ يُنَ شَاتَيْن بدِينارِ ، فَعِثْتُ أَسُوقُهما – أو أَقُودُهما – فلقِيَنِي رَجلً بالطَّرِيقِ فساوَمَنِي ، فَبِعْتُ منه شاةً بدِينارٍ ، فأتَيْتُ النبيَّ عَلَيْكُ بالليِّينارِ ، فاتَيْتُ النبيَّ عَلَيْكُ بالليِّينارِ بالطَّرِيقِ فساوَمَنِي ، فَبِعْتُ منه شاةً بدِينارٍ ، فأتَيْتُ النبيَّ عَلَيْكُ بالليِّينارِ باللَّينارِ ، فأتَيْتُ النبيَّ عَلَيْكُ بالليِّينارِ ، فاتَيْتُ النبيَّ عَلَيْكُ بالليِّينارِ بالطَّرِيقِ فساوَمَنِي ، فَبِعْتُ منه شاةً بدِينارٍ ، فاتَيْتُ النبيَّ عَلَيْكُ بالليِّينارِ ، فاتَيْتُ النبيَّ عَلَيْنِ بالليِّينارِ ، فاتَيْتُ النبيَّ عَلَيْكُ بالليِّينارِ ، فاتَيْتُ النبيَّ عَلَيْ اللهُ اللهِ اللهُ الله

الإنصاف

باب الوكالة

فائدة : الوَكَالَةُ عِبَارَةٌ عَن إِذْنٍ فى تَصَرُّفٍ يَمْلِكُه الآذِنُ فِيما تَدْخُلُه النِّيابَةُ . قالَه في « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقال فى « الوَجيزِ » : هى عِبارَةٌ عن استِنابَةِ الجائزِ التَّصَرُّفَ مِثْلَه ، فيما له فِعْلُه حالَ الحَياةِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هى فى الاصْطِلاحِ ، التَّصَرُّفَ مِثْلَه ، فيما له فِعْلُه حالَ الحَياةِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هى فى الاصْطِلاحِ ، التَّفُويضُ فى شيءٍ خاصٍّ فى الحَياةِ . وليس بجامِع ، وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » : هى عِبارَةٌ عن اسْتِنابَةِ الغَيْرِ فيما تَدْخُلُه النِّيابَةُ .

⁽١) سورة التوبة ٦ .

⁽٢) سورة الكُهف ١٩ .

⁽٣) تقدُّمُ تخريجُه في ٦/١١ .

تَصِحُ الْوَكَالَةُ بِكُلِّ قَوْلِ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ ، وَكُلِّ قَوْلِ أَوْ فِعْلِ يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ .

الشرح الكبير وبالشَّاةِ ، فَقُلْتُ : يا رسولَ الله ِ: هذا دِينارُكم وهذه شاتُكم . قال : « وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » قال : فحَدّثْتُه الحديثَ . فقال : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِه » . هذا لَفْظُ رِوَايةِ الأَثْرَمِ . ورَوى أبو داودَ^(١) بإسْنادِه عن جابر بن عبد الله ، قال : أرَدْتُ الخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ ، فأتَيْتُ رسولَ اللهِ عَلَيْتُكُ وَقُلْتُ : إِنِّي أَرَدْتُ الخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ . فقال : « ائْتِ وَكِيلي ، فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقًا ، فَإِنِ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً ، فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوتِهِ » . ورُونى عنه عَلِي أَنَّه وَكُلَ عمرَو بنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ في قَبُولِ نِكاحِ أُمِّ حَبِيبَةَ ، وأبا رافِع ٍ في قَبُولِ نِكاح ِ مَيْمُونَةَ (٢) . وأَجْمَعَتِ الأُمَّةُ على جَوازِ الوَكالةِ فِي الجِمْلَةِ . ولأنَّ الحاجَةَ داعِيَةً إلى ذلك ؛ فإنَّه لايُمْكِنُ كُلُّ أُحدٍ فِعْلُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهُ بَنَفْسِهُ .

١٩٨٦ - مسألة : (تَصِحُّ الوَكالَةُ بكلِّ قولِ يَدُلُّ على الإِذْنِ ، وكلِّ قُولٍ أَو فَعْلٍ يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ ﴾ لا تَصِحُّ الوَكَالَةُ إِلَّا بِالإِيجَابِ والقَبُولِ ؛ لأَنَّه عَقْدٌ تَعَلَّقَ به حَقُّ كُلِّ واحِدٍ منهما ، فافْتَقَرَ إلى الإيجابِ والقَبُولِ ،

الإنصاف

قوله : تَصِحُّ الوَكَالَةُ بِكُلِّ قَوْلِ يَدُلُّ على الإذْنِ . كَقَوْلِه : وَكَلْتُك في كذا . أو : فَوَّضْتُه إليك . أو : أَذِنْتُ لك فيه . أو : بِعْه . أو : أَعْتِقْه . أو : كاتِبْه . ونحو ذلك .

⁽١) في : باب في الوكالة ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٨٢/٢ .

⁽٢) الأول أخرجه البيهقي ، في : باب الوكالة في النكاح ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ١٣٩/٧ . والثانى تقدم تخريجه في ٣٢٦/٨ .

كَالْبَيْعِ . وَالْإِيجَابُ هُو كُلُّ لَفْظٍ دَلَّ عَلَى الْإِذْنِ ، نَحُو قَوْلِه : افْعَلْ كذا . وأَذِنْتُ لك في فِعْلِه . فإنَّ النبيَّ عَيْقِكُ [١٣١/٤ ط] وَكَلَّ عُرْوَةَ بنَ الجَعْدِ في شِراءِ شاةٍ بِلَفْظِ الشِّراءِ . وكذلك قَوْلُه تعالى حكايَةً عن أَهْلِ الكَهْفِ : ﴿ فَا بَعَثُواْ أَحَدَكُم بِورِقِكُمْ هَلْذِهِ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُو النَّهَ آ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَا أَبِي عَلَيْ فَلْ اللَّهُ اللَّهُ

الإنصاف

هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . ونقَل جَعْفَرٌ ، إذا قال : بعْ هذا . ليس بشيء ، حتى يقولَ : وَكَالْتُك . وتأوَّله القاضى على التَّأْكيدِ ؛ لنَصِّه على انْعِقادِ البَيْع ِ باللَّفْظِ والمُعاطاةِ ، وكذا الوكالَةُ . قال ابنُ عَقِيل : هذا دَأْبُ شيْخِنا ، أَنْ يَحْمِلَ كلامَ أَحمدَ على أَظْهِرِه ، ويصْرِفَه عن ظاهِرِه ، والواجِبُ أَنْ يُقالَ : كلَّ لَفْظٍ روايَةً . ويُصَحِّح الصَّحيحُ (١) . قال الأَزجِيُّ : يَنْبَغِي أَنْ يُعَوَّلَ في المذهبِ على هذا ؛ حتى لا يَصِيرَ المذهبُ روايَةً واحدةً . وقال النَّاظِمُ :

وكلُّ مَقَالٍ يُفْهِمُ^(۱) الإِذْنَ صَحِّحَنْ به عَقْدَها مِن مُطْلَقِ ومُقَيَّـدِ ومُقَيَّـدِ وعنه : سِوى فَوَّضْتُ أَمْرَ كذا له (^۳ ووكَّلْتُ فيهِ فاردُدَنْهُ وَبَعِّـدِ^۳)

تنبيه: ظاهرُ كلام المُصَنِّف وغيرِه، عدَمُ صِخَة الوَكَالَة بِالفِعْلِ الدَّالِّ عليها مِنَ المُوكِّلِ. وهو صحيحٌ. وقال في « الفُروع ِ »: دلَّ كلامُ القاضى المُتقَدِّمُ على انْعِقادِ الوَكَالَةِ بِالفِعْلِ، مِنَ المُوكِّلِ، الدَّالُ عليها، كالبَيْع ِ. قال: وهو ظاهرُ كلام الشَّيْخ ِ، يعْنِي به المُصَنِّف ، في مَن دفع ثَوْبَه إلى قَصَّارٍ، أو خَيَّاطٍ. وهو أَظْهَرُ . انتهى .

⁽١) في الأصل ، ط : « التصحيح » .

⁽٢) في النسخ : ﴿ يفهم منه ﴾ ، وهي زيادة على الوزن .

⁽٣ - ٣) كذا في النظم . وفي النسخ : ﴿ وَوَكُلْتُهُ فِيهُ ارْدُونُهُ فَبِعُدُ ﴾ .

الله وَيَصِحُ الْقَبُولُ عَلَى الْفَوْرِ وَالتَّرَاخِي ، بِأَنْ يُوَكِّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْء ، فَيَبِيعَهُ بَعْدَ سَنَةٍ ، أَوْ يُبَلِّغَهُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ مُنْذُ شَهْرٍ ، فَيَقُولَ : قَبِلْتُ .

الشرح الكبر وَيكْفِي فِي القَبُولِ قَوْلُه : قَبِلْتُ . وكُلُّ لَفْظٍ دَلَّ عليه . ويجُوزُ بكلِّ فِعْل دَلُّ عليه أيضًا ، نحوَ أن يَفْعَلَ ما أَمَرَه بفِعْلِه ؛ لأنَّ الذين وَكَّلَهم النبيُّ عَلَيْكُمْ لَمْ يُنْقَلُّ عنهم سِوَى امْتِثالِ أَمْرِه . ولأنَّه إِذْنَّ فِي التَّصَرُّفِ ، فجازَ القَبُولُ فيه(١) بالفِعْل ، كأكْل الطّعامِ .

١٩٨٧ – مسألة : ﴿ وَيَجُوزُ القَبُولُ عَلَى الْفَوْرِ وَالتَّرَاخِي ، نَحَوَ أَن يُوَكِّلُه في بَيْع ِ شيءٍ ، فيبِيعَه بعدَ سَنَةٍ ، أُو يُبَلِّغَه أَنَّه وَكَّلَه منذُ شَهْرٍ ، فيقولَ : قَبِلْتُ) لأَنَّ قَبُولَ وُكَلاء النبيِّ عَلِيلَةً كان بفِعْلِهم ، وكان مُتَراخِيًا عن تَوْكِيلِه إِيَّاهِم ، وَلَأَنَّه إِذْنَّ فِي التَّصرُّفِ ، والإِذْنُ قائِمٌ() مَا لَم يَرْجِعْ عنه ، أَشْبَهَ الإباحَةُ . وهذا كلُّه مَذْهَبُ الشافعيِّ .

قوله : ﴿ كُلِّ قَوْلِ أُو فِعْلِ يَدُلُّ عَلَى القَبُولِ . يَصِحُ القَبُولُ بِكُلِّ قَوْلٍ مِنَ الوَكِيلِ يدُلُّ عليه ، بلا نِزاع ٍ . وكذا كلُّ فِعْل يدُلُّ عليه . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به في ﴿ الوَجيزِ ﴾ وغيرِه ، وصحَّحه . وقدَّمه في « الفُروعِ ، وغيرِه . قال في « القَواعِدِ » : صرَّح به الأصحابُ . وقيل : لا ينْعَقِدُ القَبُولُ بالفعال .

فوائد ؛ الأولَى ، مِثْلُ ذلك سائرُ العُقودِ الجائزَةِ ؛ كالشَّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، والمُساقاةِ ، في أنَّ القَبُولَ يصِحُّ بالفِعْلِ . قال في ﴿ القواعِدِ ﴾ : ظاهِرُ كلام ِصاحبِ

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) في ق : ﴿ دَائِم ﴾ .

فصل : ويَجُوزُ تَعْلِيقُها على شَرْطِ ، نحوَ قَوْلِه : إذا قَدِم الحَاجُّ فافْعَلْ كذا . أو : إذا جاء الشِّتاءُ فاشْتَر لنَا كذا . و : إذا جاء الأضْحَى فاشْتَر لْنَا أَضْحِيَةً . و : إذا طَلَب منك أَهْلِي (١) شيئًا فادْفَعْه إليهم . و : إذا دَخَلَ رَمَضانُ فقد وَكَّالتُك في كذا . أو : فأنْتَ وَكِيلِي . وجذا قال أبو حَنِيفَة . وقال الشافعيُّ : لا تَصِحُّ ، لكنْ إن تَصَرُّفَ صَحَّ تَصَرُّفُه ؛ لو جُودِ الإذْنِ ، وإن كان وَكِيلًا بِجُعْلِ ، فَسَد المُسَمَّى ، وله أَجْرُ المِثل ؛ لأَنَّه عَقْدٌ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ به في الحَياةِ ، أَشْبَهَ البَيْعَ . ولنا ، أنَّ النبيَّ عَلِيْكُ قال : ﴿ أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَجَعْفَرٌ ، فَإِن قُتِلَ فَعَبْدُ اللهِ بنُ رَوَاحَةَ ﴾(٢) . وهذا في مَعْناه ، ولأنَّه عَقْدٌ اعْتُبرَ في حَقِّ الوَكِيل (٣) حُكْمُهُ ، وهو إباحَةُ التَّصَرُّفِ وصِحَّتُه ، فكان صَحِيحًا ، كما لو قال : أنت وَكِيلِي في بَيْع عِبْدي إذا قَدمَ الحاجُّ . ولأنَّه لو قال : وَكُّلْتُك في شِراء كذا في وَقْتِ كذا . صَحَّ بلا خَلَافٍ ، ومَحَلَّ النِّزاعِ في مَعْناه . ولأنَّه إِذْنَّ في التَّصَرُّفِ ، أَشْبَهَ الوَصِيَّةَ والتَّأْمِيرَ ، ولأنَّه عَقْدٌ ('يَصِحُّ بغير جُعْلِ '' ، ولا يَخْتَصُّ فاعِلُه أن يكونَ مِن أَهْلِ القُرْبَةِ ، فَصَحَّ بالجُعْلِ ، كَالتَّوْكِيلِ النَّاجِزِ .

« التَّلْخيصِ » ، أو صَرِيحُه ، أنَّ هذه العُقُودَ مِثْلُ الوَكالَةِ . الثَّانيةُ ، يُشْترَطُ لصِحَّةِ الإنصاف الوَكالَةِ تَعْيِينُ الوَكيلِ . قالَه القاضي ، وأصحابُه ، وغيرُهم ، في مَسْأَلَةِ : تصَدَّقْ

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽۲) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة مؤتة من أرض الشام ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ١٨١/٥ ، ١٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٠٤/١ ، ٢٥٦ ، ٢٩٩/٥ ، ٣٠٠ .

⁽٣) زيادة من : م .

⁽٤ - ٤) جاء هذا في الأصل ، ر ، ق بعد قوله : « أن يكون من أهل القربة » في السطر التالي .

١٩٨٨ - مسألة : (ولا يَصِحُّ التَّوكِيلُ والتَّوَكُّلُ في شيء ، إلَّا ممَّن يَصِحُ تَصَرُّفُه فيه) لأنَّ مَن (الا يَصِحُ ١) تَصَرُّفُه بنَفْسِه ، فبنائِبه أوْلَى . وكلُّ مَن صَحَّ تَصَرُّفُه في شيءِ بنَفْسِه ، وكان ممَّا تَدْخُلُه النِّيابَةُ ، صَحَّ أن يُوَكُلُ فيه ، رَجلًا كان أو امرأةً ، حُرًّا أو عَبْدًا ، مُسْلِمًا أو كافِرًا . فأمَّا

الإنصاف بالدَّيْنِ الذي عليك . وقال أبو الخَطَّابِ في ﴿ الانْتِصارِ ﴾ : لو وَكُلِّ زيْدًا ، وهو لا يعْرِفُه ، أو لم يعْرِفِ الوَكِيلُ مُوَكِّلَه ، لم تصِحُّ . الثَّالثةُ ، تصِحُّ الوَكالَةُ مُوَّقَّتَةً ، بلا نِزاعٍ ، ومُعَلَّقَةً بشَرْطٍ – على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وقطَع به أكثرُهم ؛ كوَصِيَّةٍ ، وإباحَةِ أكْل ، وقَضاءِ ، وإمارَةٍ ، وكتَعْليقِ تصَرُّفٍ – كَقَوْلِه : وَكُلْتُك الآنَ أَنْ تَبِيعَ بعدَ شَهْرٍ . أو : تَعْتِقَه إذا جاءَ المَطَرُ . أو : تُطَلِّقَ هذه إذا جاءَزَيْدٌ . وقال في ﴿ عُيونِ المَسائلِ ﴾ ، في تَعْلِيقِ وَقْفٍ بِشَرْطٍ : لا يَصِحُ تَعْلِيقُ تَوْكيل ؟ لأنَّه علَّقه بصفَة ، وأنَّه يصِحُّ تَعْلِيقُ تصَرُّف . وقيل : لا يصِحُّ تَعْليقُ فَسْخٍ . الرَّابِعةُ ، لو أَبِي أَنْ يَقْبَلَ الوَكَالَةَ ؛ قَوْلًا أو فِعْلًا ، فهو كَعَزْلِه نَفْسَه . قالَه في ﴿ الرِّعايَةِ الكُبْرَى ﴾ . قلتُ : ويَحْتَمِلُ لا .

قوله : ولا يجوزُ التَّوْكِيلُ والتَّوَكُّلُ في شيءٍ ، إِلَّا مِمَّن يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه . وهذا المذهبُ مِن حيثُ الجُمْلَةُ . فعلى هذا ، لو وَكَّلَه في بَيْع ِ ما سيَمْلِكُه ، أو في طَلاق ممَّن يَتزَوَّجُها ، لم يصِحُّ ؛ إذِ البَّيْءُ والطَّلاقُ لم يَمْلِكُه في الحال . ذكَرَه الأَزَجيُّ . وذكَر غيرُه ؛ منهم صاحِبُ ﴿ الرِّعايةِ الكُبْرِي ﴾ ، لو قال : إنْ تزَوَّجْتُ هذه ، فقد وَكُلْتُك في طَلاقِها ، وإنِ اشْتَرَيْتُ هذا العَبْدَ ، فقد وَكُلْتُك في عِنْقِه . صحَّ إنْ قُلْنا :

⁽۱ - ۱) في م : و يصح ه .

مَن يَتَصَرَّفُ بالإذْنِ ؛ كالعَبْدِ المَأْذُونِ له ، والوَكِيل ، والمُضارب ، فلا يَدْخُلُون [١٣٢/٤ و] في هذا ، لكنْ يَصِحُ مِن العَبْدِ التَّوْكِيلُ فيما يَمْلِكُه دُون سَيِّدِه ، كَالطَّلَاقِ وَالخُلْعِ . وَكَذَلْكَ الحُكْمُ فِي المَحْجُورِ عَلَيْهِ لسَفَهِ ، لا يُوَكُّلُ إِلَّا فيما له فِعْلُه ، كالطَّلاقِ ، والخُلْعِ ، وطَلَبِ القِصاص . وكلَّ (اما صَحَّ أَن ا) يَسْتَوْفِيَه بنَفْسِه و تَدْخُلُه النِّيابَةُ ، صَحَّ أَن يَتُوَكَّلَ لغيرِه فيه ، إلَّا الفاسِقَ ، فإنَّه يَصِحُّ (' أَن يَقْبلَ ') النِّكاحَ لنَفْسِه . وذَكَر القاضي أنَّه لا يجُوزُ أن يَقْبَلَه لغيره . وظاهِرُ كَلام شيخِنا في الكِتاب المَشْرُوحِ ، أنَّه يَصِحُّ . وهو قولُ أبى الخَطَّابِ . وهو القِياسُ . ولأصْحابِ الشافعيِّ وَجْهان كَهَذَين . فأمَّا تَوْكِيلُه في الإيجاب ، فلا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى الرِّوايَةِ التَّى تُثْبِتُ الولايةَ له . وذَكَر أَصْحَابُ الشَّافَعَيِّ في ذلك وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهما ، يَجُوزُ ؛ لأنَّه ليس بولِيٍّ . والثاني ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه مُوجِبٌ للنَّكاحِ ، أَشْبَهَ الوَلِيُّ . ولأنَّه لا يَجُوزُ أَن يَتُولَّى ذلك بنَفْسِه ،

يصِحُّ تعْلِيقُهما على مِلْكِهما . وإلَّا فلا . وقال في « التَّلْخيصِ » : قِياسُ المذهب ، الإنصاف صِحَّةُ مَا إِذَا قَالَ : إِنْ تَزَوَّجْتُ فُلانَةَ ، فقد وَكَّلْتُك [٢/٧١ أو] في طَلاقِها . قال في « القَواعِدِ » : ويتخَرُّجُ وَجْهٌ ، لا يصِحُّ .

> تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن هذه القاعِدَةِ صِحَّةُ تَوْكيلِ الحُرِّ الواجِدِ الطَّوْلَ في قَبُولِ نِكاحِ الأُمَةِ لمَن تُباحُله ، وصِحَّةُ تَوْكيلِ الغَنِيِّ في قَبْضِ الزَّكاةِ لفَقِيرٍ ؛ لأنَّ سَلْبَهما القُدْرَةَ تَنْزِيةٌ ، لمَعْنَى يَقْتَضِي مَنْعَ الوَكَالَةِ . قالَه الأصحابُ . وليس للمَرأةِ أَنْ تُطَلِّقَ نفْسَها ،

⁽١ - ١) سقط من: الأصل.

الشرح الكبير فلم يَجُزْ أَن يَتَوَكَّلَ فيه ، كالمرأة . ويَصِحُّ تَوْكِيلُ المرأة في طَلاق ِنَفْسِها وغيرِها . ويَصِحُّ تَوْكِيلُ العَبْدِ في قَبُولِ النِّكاحِ ؛ لأَنَّه ممَّن يَجُوزُ أن يقبلَ لنفسِه ، وإنَّما يَقِفَ ذلك على إذْنِ سَيِّدهِ ؛ ليَرْضَى بَتَعَلُّقِ الحُقُوقِ به . ومَن لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في شيءِ لنَفْسِه ، لا يَصِحُّ أن يَتَوَكَّلَ فيه ، كالمرأةِ في عَقْدِ النِّكَاحِ وَقَبُولِه ، والكَافِرِ في تَزْويجِ مُسْلِمَةٍ ، والطُّفْلِ والمَجْنُونِ في الحُقُوقِ كُلُّها . وللمُكاتَبِ أن يُوَكِّلَ فيما يَتصَرَّفُ فيه بنَفْسِه . وله أن يَتُوَكَّلَ بِجُعْلِ ؟ لأنَّه مِن اكْتِساب المال ، ولا يُمْنَعُ مِن الاكْتِسابِ . وليس له أَن يَتُوكُّلَ بغيرِ جُعْلِ إِلَّا بإِذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّ مَنافِعَه كأعْيانِ مالِه ، وليس له بَذْلُ عَيْنِ مالِه بغيرِ عِوَضٍ . وتَصِحُّ وَكَالَةُ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ بإِذْنِ الوَلِيِّ ، بِناءً على صِحَّةِ تَصَرُّفِه بإذْنِه .

١٩٨٩ - مسألة : (ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ في كلِّ حَقِّ آدمِيٍّ مِن العُقُودِ ،

الإنصاف ويجوزُ أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَها بالوَكالَةِ ، وامْرأةً غيرَها . ويجوزُ للرَّجُلِ أَنْ يَقْبَلَ نِكاحَ أُخْتِه مِن أَبِيه لأَجْنَبِيٌّ ، ونحو ذلك . قالَه في ﴿ الوَجيزِ ﴾ وغيرِه .

فائدة : صِحَّةُ وَكَالَةِ المُمَيِّزِ فِي الطَّلاقِ وغيرِه ، مَبْنِيٌّ على صِحَّتِه منه . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . وفي ﴿ الرِّعايةِ ﴾ ، فيه لنَفْسِه ، أو غيرِه رِوايَتان بلا إذْنٍ ، وفيه فى المذهبِ لنَفْسِه رِوايَتان . ويأتِي في كلام ِ المُصَنِّفِ ، لو وَكَّلَ العَبْدُ في شِراءِ نَفْسِه مِن سَيِّدِه . وأَحْكَامٌ أُخرُ .

قوله : ويجوزُ التَّوْكِيلُ في حَقٌّ كُلِّ آدَمِيٌّ ؛ مِنَ العُقُودِ ، والفُسُوخِ ، والعِنْقِ ، والطُّلاقِ ، والرُّجْعَةِ : يشْمَلُ كلامُه ؛ الحَوالَةَ ، والرَّهْنَ ، والضَّمانَ ، والكَفالَةَ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالرَّجْعَةِ ، وَتَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ مِن الصَّيْدِ وَالْحَشِيشِ ، الله الطَّهَارَ ، وَاللِّعَانَ ، وَالْأَيْمَانَ .

والفُسُوخِ ، والعِنْقِ ، والطَّلاقِ ، والرَّجْعَةِ ، وتَمَلُّكِ المُباحاتِ مِن الشرح الكبير الصَّيْدِ والحَشِيشِ ، ونحوِه ، إلَّا الظِّهارَ ، واللِّعانَ ، والأَيْمانَ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ التَّوْكيلَ يَجُوزُ في الشِّراءِ ، والبَيْعِ ، ومُطالَبةِ الحُقُوقِ ، والعِنْقِ ، والطَّلاقِ ، حاضِرًا كان المُوكِّلُ أو غائبًا . وقد ذكر نا الدَّليلَ على ذلك مِن الآيةِ والخَبَرِ ، والحاجَةُ تَدْعُو إليه ؛ لأنَّه قد يكونُ ممَّن لا يُحْسِنُ البَيْعَ والشِّراءَ ، أو لا يُمْكِنُه الخُرُوجُ إلى السُّوقِ ، وقد يكونُ له مالٌ ولا يُحْسِنُ النِّيةِ والمُقَلِ ، وقد يكونُ له مالٌ ولا يُحْسِنُ التَّجارةَ فيه ، وقد يُحْسِنُ ولا يَتَفرَّ غُ ، وقد لا تَلِيقُ به التِّجارَةُ لكَوْنِه امرأةً ، أو ممَّن يتَعَيَّرُ بها ويَحُطُّ ذلك مِن مَنْزِلَتِه ، فأباحَها الشَّرْعُ دَفْعًا المَا اللَّرْعُ دَفْعًا للحَاجَةِ ، وتَحْصِيلًا لمَصْلَحَةِ [١٣٢/٤ ط] الآدَمِيِّ المَخْلُوقِ لِعِبادَةِ اللهِ

والشَّرِكَةَ ، والوَدِيعَةَ ، والمُضارَبةَ ، والجَعالَةَ ، والمُساقاةَ ، والإِجارَةَ ، الإِنصاف والقَرْضَ ، والوَّبِيَّةَ ، والوَصِيَّةَ ، والإِبْراءَ ، ونحوَ ذلك . لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . وكذا المُكاتَبَةُ ، والتَّدْبِيرُ ، والإِنْفاقُ ، والقِسْمَةُ ، والحُكومَةُ . وكذا الوَكالَةُ في الوَقْفِ . ذكرَه الزَّرْكَشِيُّ ، وابنُ رَزِينٍ . وحَكاه في الجميع ِ الْجُماعًا .

تنبيه : قولُه : والعِتْقِ ، والطَّلاقِ . يجوزُ التَّوْكيلُ فى العِتْقِ ، والطَّلاقِ ، بلا نِزاعٍ . لكنْ لو وَكَّلَ عَبْدَه أو غَرِيمَه أوِ المُرأَتَه في إعْتاق عَبِيدِه، وإبْراءِ غُرَمائِه، وطَلاق

⁽١) في الأصل : ﴿ الهدنة ﴾ ، في ط : ﴿ الهدية ﴾ .

الشرح الكبير سبحانَه . وكذلك يَجُوزُ التَّوْكِيلُ في الحَوالَةِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمانِ ، والكَفالَةِ ، والشُّركَةِ ، والوَدِيعةِ ، والمضارَبَةِ ، والجَعالَةِ ، والمُساقاةِ ، والإِجارَةِ ، والقَرْض ، والصُّلْحِ ، والهبَةِ ، والصَّدَقَةِ ، والوَصيَّةِ ، والفَسْخِ ، والإِبْراءِ ؛ لأُنُّها في مَعْنَى البَيْعِ فِي الحَاجَةِ إِلَى التَّوْكيلِ فيها ، فَيَثْبُتُ فِيهَا حُكْمُه . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ في الخُلْعِ والرَّجْعَةِ ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، كدُعائِها إلى التَّوْكِيل في البَيْعِ ِ . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ في تَحْصِيلِ المُباحاتِ ؛ كإحْياء المَواتِ ، واسْتِقاء الماء ، والاصْطِيادِ ، والاحْتِشاش ؛ لأنَّها تَمَلُّكُ مالِ بسَببِ لا يَتَعَيَّنُ عليه ، فجاز التَّوْكِيلُ فيه ، كالابْتِياعِ والاتِّهابِ .

الإنصاف نِسائِه ، لم يَمْلِكُ عِتْقَ نَفْسِه ، ولا طَلاقَها ، ولا إبْراءَها . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يَمْلِكُ ذلك . وجزَم به الأَزْجِيُّ في العِنْقِ والإِبْراءِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو أَذِنَ له أَنْ يتَصَدَّقَ بمالٍ ، لم يَجُزْ له أَنْ يأْخُذَ منه لنَفْسِه ، إِذَا كَانَ مِنَ أَهْلِ الصَّدَقَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، في روايَةِ ابنِ بَخْتَانَ . وَيَحْتَمِلُ الْجُوازَ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوازَ إِنْ دَلَّتْ قَرِينَةٌ عَلَى إِرَادَةِ أَخْذِهِ منه ، ويَحْتَمِلُ الجوازَ مُطْلَقًا . ذكرَهما في « المُغْنِي » . ويأْتِي في أَرْكانِ النُّكاحِ ، هل للوَكِيلِ فِي النِّكاحِ أَنْ يُزَوِّجَ نَفْسَه ، أم لا ؟ الثَّانيةُ ، يجوزُ التَّوْكِيلُ فِي الإقرار . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الوَكالَةَ فيه إقْرارٌ به . جزَم به في « المُحَرَّرِ » ، و ﴿ الحَاوِيَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، والفَخْرُ في ﴿ طَرِيقَتِه ﴾ . قال في ﴿ الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : والتَّوْكيلُ في الإِقْرارِ إِقْرارٌ ، في الأَصحِّ . وقال في « الكُبْرَى » : وفي صِحَّةِ التَّوْكيلِ فِي الإِقْرارِ والصُّلْحِ وَجْهان . وقيل : التَّوْكيلُ فِي الإِقْرارِ إِقْرارٌ .

فصل : ولا تَصِحُّ في الأَيْمانِ والنُّذُورِ ؛ لأَنَّها تَتَعَلَّقُ بعَيْن ِ الحالِف ِ الشرح الكبير والنَّاذِرِ ، فأَشْبَهَتِ العِباداتِ البَدَنيَّةَ والحُدُودَ . ولا تَصِحُ في الإيلَاءِ والقَسَامةِ واللِّعانِ ؛ لأنَّها أيْمانٌ . ولا في الظِّهارِ ؛ لأنَّه قولٌ مُنْكَرٌّ وزُورٌ ، فلا يَجُوزُ فِعْلُه ولا الاسْتِنابَةُ فيه ، ولا تَجُوزُ في القَسْم بينَ الزَّوْجات ؛ لأَنُّها تَتَعَلَّقُ بَبَدَنِ الزَّوْ جِ لِأَمْرِ يَخْتَصُّ به . ولا في الرِّضاعِ ِ ؛ لأنَّه يَخْتصُّ بالمُرْضِعَةِ (١) بِنباتِ لحْم ِ المُرْتَضِع ِ وإنْشازِ عَظْمِه مِن لَبَنِها . ولا تَصِحُّ في الغَصْب ولا في الجناياتِ ؛ لأنَّ ذلك مُحَرَّمٌ ، وَكذلك كلُّ مُحَرَّمٍ ؛ لأَنَّه لا يَحِلُّ له فِعْلُه بنَفْسِه ، فلم تَجُز النِّيابَةُ فيه .

وقيل : بقَوْلِ : جعَلْتُه مُقِرًّا . انتهى . وظاهرُ كلام ِ الأَكْثَرِين ، أنَّه ليس بإقْرارٍ . الإنصاف وهو ظاهرُ ما قدَّمه في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ وغيرِه . وقال الأَزَجِيُّ : لا بُدَّ مِن تَعْيِينِ ما يُقِرُّ به ، وإلَّا رجَع في تفْسِيرِه إلى المُوَكِّلِ .

> قوله: وتَمَلُّكُ المُبَاحاتِ ؛ مِنَ الصَّيْدِ والحَشِيش ، ونحوه . كَإِحْيَاءِ الْمَوَاتِ ، واسْتِقاء الماء . يعْنِي ، أنَّه يجوزُ التَّوْكِيلُ في تَمَلُّكِ المُباحاتِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ بسَبَب لا يتَعَيَّنُ عليه ، فجازَ ، كالابتياع ِ ، والأتِّهابِ . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال ف ﴿ الفُروعِ ، ؛ وتصِحُّ الشُّركَةُ والوَكالَةُ في تَمَلُّكِ مُباحٍ في الأصحِّ ، كالاسْتِعْجارِ عليه . وجزَم به فی « المُغْنِی » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و ﴿ الهدايَةِ ﴾ ، و ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ، و ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يصِحُّ . قلتُ : والنَّفْسُ تَمِيلُ إلى ذلك ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ لا يَمْلِكُه عندَ الوَكالَةِ ، وهو مِنَ المُباحاتِ ، فمَن ِ

⁽١) بعده في م : ﴿ وَالْمُرْتَضِعُ لِأُمْرُ يَخْتُصُ ﴾ .

المَنْ وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّكَاحَ ، وَمَنْ يُزَوِّجُ وَلِيَّتُهُ إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَصِحُ مِنْهُ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَمُولِّيتِهِ .

الشرح الكبير

• ١٩٩٠ – مسألة : (ويَجُوزُ أَن يُوكِّلُ مَن يَقْبَلُ له النِّكَاحَ ، ومَن يُزَوِّ جُ وَلِيَّتُه إِذَا كَانَ الوَكِيلُ مَمَّن يَصِحُ منه ذلك لنَفْسِه ومُوَلِّيتِه) لأنَّ النبيّ عَلِيْكُ وَكُلَ عَمْرُو بنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِئُ وأبا رافِع ٍ في قَبُولِ النِّكاح ِ له(١) . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، فإنَّه رُبَّما احْتاجَ إلى التَّزَوُّ جِ مِن مكانٍ بَعيدٍ لا يُمْكِنُهُ السَّفَرُ إليه ، كَمَا تَزَوَّجَ النبيُّ عَلَيْكُمْ أُمَّ حَبِيبةً وهي بأرْض الحَبَشَةِ (٢) . ويَجُوزُ أَن يُوكِلَ مَن يُزَوِّجُ وَلِيَّتُه ؛ لأَنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، فأَشْبَهَ البَيْعَ ، إذا كان الوَكِيلُ ممَّن يَصِحُ منه ذلك لمُولِّيتِه . وهل يَجُوزُ أَن يكونَ فاسِقًا ؟ يَنْبَنِي على اشْتِراطِ ذلك في وِلاَيَةِ النِّكاحِ ، وسَيُذْكَرُ فى بابه ، إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف اسْتُولَى عليه ملكَه . قال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : مَن وَكُّلَ في احْتِشاش واحْتِطابٍ ، فهل يَمْلِكُ الوَكِيلُ ما أَخَذَه أو مُوَكِّلُه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . انتهى .

قوله : إِلَّا الظِّهارَ واللِّعانَ والأَيْمانَ . وكذا الإيلاءُ ، والقَسامَةُ ، والشُّهادَةُ ، والمَعْصِيَةُ . ويأْتِي حُكْمُ الوَكالَةِ في العِباداتِ .

قوله : ويجوزُ أَنْ يُوكِلُّ مَن يَقْبَلُ له النُّكاحَ ، ومَن يُزَوِّجُ وَلِيُّتُه . هذا المذهبُ

⁽١) الأول تقدم تخريجه في صفحة ٤٣٦ .

والثاني تقدم تخريجه في ٣٢٦/٨ .

⁽٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الولى ، وباب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨١/١ ، ٤٨٦ . والنسائي ، في : باب القسط في الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩٧/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٧٦٤ .

فصل : ولا يَصِحُّ التَّوكيلُ في الشَّهادَةِ ؛ لأنَّها تَتَعلَّقُ بعَيْن الشَّاهِدِ ؛ لكُوْنِها خَبَرًا عمَّا رَآه أو سَمِعَه ، ولا يَتَحقَّقُ هذا المَعْنَى في نائِبه(١) ، فإنِ اسْتَنابَ فيها ، كان النّائِبُ شاهِدًا على شَهادَتِه ؛ لكونِه يُؤدِّى ما سَمِعَه مِن شاهِدِ الأَصْلِ ، وليس بُوكِيلِ (٢) . ولا يَصِحُّ في الاغْتِنام ؛ لأنَّه متى حَضَر النَّائِبُ تَعَيَّنَ عليه الجهادُ ، فكان السَّهْمُ له . ولا في الالتِقاطِ ؛ لأنَّه بأخْذِه يَصِيرُ لمُنْتَقِطِه .

[١٣٣/٤ و] فصل : ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ في المُطالَبَةِ بِالحُقُوقِ ، وإثْباتِها ، والمُحاكَمَةِ فيها ، حاضِرًا كان المُوَكِّلُ أو غائبًا ، صَحِيحًا أو مَريضًا . وبه قال مالِكٌ ، وابنُ أبي لَيْلَى ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ ، والشافعيُّ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : للخَصْمِ أَن يَمْتَنِعَ مِن مُحاكَمةِ الوَكِيلِ إِذَا كَانَ المُوَكِّلُ حاضِرًا ؛ لأنَّ خُضُورَه مَجْلِسَ الحُكْم (٣) ومُخاصَمَتَه حَقُّ لخَصْمِه

بشَرْطِه ، فيُشْترَطُ لصِحَّة عَقْدِ النِّكاحِ تَسْمِيَةُ المُوَكِّلِ في صُلْبِ العَقْدِ . ذكرَه الإنصاف ف « الانتِصارِ » ، و « المُغنِي » ، و « الشُّرْ حِ » . وقال في « الرِّعايةِ الكُبْرِي » : وإنْ قال : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . ونوَى أنَّه قَبلَه لمُوَكِّلِه ، و لم يَذْكُرْه ، صحَّ . قلت : وَيَحْتَمِلَ ضِدُّه ، بَخِلافِ البُّيْعِ . انتهى . وقال في ﴿ التَّرْغيبِ ﴾ : لو قال الوَكِيلُ : قَبِلْتُ نِكَاحَهَا . و لم يقُلْ : لفُلانٍ . فوَجْهَان . وأَطْلَقَهُمَا في « الفُروعِ » . ويأتِي ذلك أيضًا في باب أرْكانِ النِّكاحِ ، عندَ قوْلِه : ووَكِيلُ كلِّ واحدٍ مِن هؤلاء يقُومُ مَقامَه ، وإنْ كان حاضِرًا . بأتَمَّ مِن هذا .

⁽١) في الأصل : « بابه » .

⁽٢) في الأصل ، ق : « توكيل » .

⁽٣) في م: « الحاكم ».

الشرح الكبير عليه ، فلم يَكُنْ له نَقْلُه إلى غيرِه بغيرِ رِضَاءِ خَصْمِه ، كالدَّيْنِ عليه . ولنَا ، أنَّه حَقٌّ تَجُوزُ النِّيابَةُ فيه ، فكان(١) لصاحِبه الاستِنابَةُ بغيرِ رِضاءِ خَصْمِه ، كحالَة غَيْبَتِه ومَرَضِه ، وكدَفْع ِ المالِ الذي عليه ، ولأنَّه إجْماعُ الصحابة ِ ، رَضِيَ اللهُ عنهم ؛ فإنَّ عليًّا ، رَضِيَ اللهُ عنه ، وَكَّلَ عَقِيلًا عندَ أبي بكرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، وقال : ما قُضِيَ له فَلِي ، وما قُضِيَ عليه فعَلَيَّ . ووَكُّلَ عبدَ الله بِنَ جَعْفَر عندَ عُثْمانَ ، وقال : إنَّ للخُصُومةِ قُحَمًا ، وإنَّ الشَّيْطانَ يَحْضُرُها ، وإنِّي لأَكْرَهُ أَن أَحْضُرَها(٢) . قال أبو زيادٍ(٣) : القُحَمُ المَهالِكُ . وهذه قِصَصٌ اشْتَهَرتْ ؛ لأنَّها في مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ ، فلم يُنْقَلْ إِنْكَارُهَا . وِلأَنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذلك ، فإنَّه قد يكونُ له حَقٌّ ، أو يُدَّعَى

قوله : إذا كان مِمَّن يَصِحُ منه ذلك لنَفْسِه ومُولِّيِّتِه . فعلى هذا ، لا يصِحُّ توْكِيلُ فاسِقِ في إيجابِ النِّكاحِرِ ، إلَّا على روايَةِ عدَم اشْتِراطِ[٢/٧/١ ــــا عَدالَةِ الوَلِيُّ . على ما يأتِي فى بابِ أَرْكانِ النِّكاحِ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . وأمَّا قَبُولُ النِّكاحِ منه ، فَيَصِحُّ لنَفْسِه ، فكذا يصحُّ لغيره . وهو ظاهرُ كلام المُصَنِّفِ هنا . وفي قوله : ولا يَصِحُ التَّوْكِيلُ ولا التَّوَكُّلُ في شيءٍ إلَّا ممَّن يَصِحُ تَصَرُّفُه فيه . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ عَبْدُوسٍ في « تَذْكِرَتِه » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ : وهو القِياسُ . وقدَّمه في « الكافِي » . وقال القاضي : لا يصِحُّ قُبُولُه لغيره . قال في « التَّلْخيص » : اخْتارَه أصحابُنا إلَّا ابنَ عَقِيلٍ . وقدَّمه في « الرِّعايةِ

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) أخرجهما البيهقي ، في : باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة ، من كتاب الوكالة . السنن الكبرى ١١/٦.

⁽٣) في اللسان (ق ح م) أنه أبو زيد الكلابي .

عليه ، ولا يُحْسِنُ الخُصُومةَ ، أو لا يُحِبُّ أن يَتَولَّاها بنَفْسِه . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فِي الإِقْرارِ . ولأصحاب الشافعيِّ وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، لا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فيه ؛ لأنَّه إخْبارٌ لحَقِّ ، فلم يَجُز التَّوكِيلُ فيه ، كالشُّهادَة . ولنَا ، أَنَّه إِثْبَاتُ حَقٍّ في الذِّمَّةِ بالقول ، فجاز التَّوْكِيلُ فيه ، كالبَيْع ِ ، وفارَقَ الشُّهادَةَ ، فإنُّها لا تُثْبِتُ الحَقُّ ، وإنَّما هو إخبارٌ بثُبُوتِه على غيره . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ في إِثْباتِ القِصاصِ وحَدِّ القَدْفِ، واسْتِيفائِهما ؛ لأنَّهما مِن حُقُوقِ الآدَميِّين ، وتَدْعُو الحاجَةُ إلى التَّوكِيل فيهما ؛ لأنَّ مَن له الحَقُّ قد لا يُحْسِنُ الاسْتِيفاءَ ، أو لا يُحبُّ أن يَتَوَلَّاهما .

الكُبْرى » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينِ » . وصحَّحه النَّاظِمُ . قال في « الوَجيزِ » : الإنصاف ولا يُوَكِّلُ فاسِقٌ في نِكاحٍ · . وأَطْلَقهما في « الفُروع ِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و ﴿ الحَاوِيْنِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ . ويأتِي ذلك أيضًا في أرْكانِ النِّكاحِ . وأمَّا السَّفِيهُ ، فقِيل : يصِحُّ أَنْ يكونَ وَكِيلًا في الإيجاب والقَبُول . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ في « تَذْكِرَتِه » . وقيل : لا يصِحُّ فيهما . قدَّمه في « الرِّعايةِ الكُبْري » . وصحَّحه النَّاظِمُ . وجزَم به ابنُ رَزِينِ في « شَرْحِه » . وأَطْلَقهما في « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّعْرى » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : يصِحُّ فى قَبُولِ النِّكاحِ ِ دُونَ إيجابه . قال في « الرِّعايةِ الكُبْرِي » : قلتُ : إِنْ قُلْنا : يتَزَوَّ جُ السَّفِيهُ بغير إذْنِ وَلِيِّه . فله أنْ يُوَكِّلَ ويَتَوكَّلَ في إيجابه وقَبُولِه ، وإلَّا فلا . انتهى . وهو الصَّوابُ ، وظاهِرُ كلام كثير مِنَ الأصحاب ، وهو ظاهِرُ كلام المُصَبِّف ِهنا . وقد تقدُّم في الباب الذي قبلَه ، هل للوَلِيِّ أَنْ يُزَوِّجَه بغيرِ إِذْنِه ، أم لا ؟ وهل يُباشِرُ العَقْدَ ، أم لا ؟. ويأتِي في أرْكانِ النُّكاحِ ِ ، هل للوَكِيلِ المُطْلَقِ في النُّكاحِ ِ أَنْ يَتَزَوَّجَها لنَفْسِه ، أم لا ؟

الله وَيَصِحُّ فِي كُلِّ حَقِّ لِلْهِ تَعَالَى تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ ، مِنَ الْعِبَادَاتِ وَالْحُدُودِ ، فِي إِثْبَاتِهَا وَاسْتِيفَائِهَا .

الشرح الكبير

ا ۱۹۹۱ – مسألة : (ويَجُوزُ في كلِّ حقِّ اللهِ تعالى تَدْخُلُه النِّيابَةُ ، مِن العِباداتِ والحُدُودِ ، في إثباتِها واسْتِيفائِها) كَحَدِّ الزِّني والسَّرِقَةِ ؛ لأنَّ النبيَّ عَيَّكَ قال : « اغْدُ يَا أُنيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا ، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ لَانَّ النبيَّ عَيِّكَ قال : « اغْدُ يَا أُنيْسُ إلَى امْرَأَةِ هَذَا ، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَتْ فَامَرَ بها فرُجِمَتْ . مُتَّفَقٌ فَارْجُمْهَا » . فغدا عليها أُنيْسٌ ، فاعْتَرَفَتْ ، فأمَرَ بها فرُجِمَتْ . مُتَّفَقً عليه (۱) . وأمَرَ النبيُّ عَيِّلِكَ برَجْمِ ماعِزٍ ، فَرَجَمُوه (۱) . ووَكَّلَ عُثْمانُ عليًّا

الإنصاف

قوله : ويَصِحُّ في كلِّ حَقِّ للهِ تَعالَى ، تَدْخُلُه النِّيابَةُ مِنَ العِباداتِ . كالصَّدَقاتِ والزَّكَوَاتِ والمَنْذُورَاتِ والكَفَّاراتِ . بلا نِزاع ٍ أَعْلَمُه . وأمَّا العِباداتُ البدَنِيَّةُ

(۱) أخرجه البخارى ، فى : باب الوكالة فى الحدود ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب إذا اصطلحوا على جور فالصلح مردود ، من كتاب الصلح ، وفى : باب الشروط التى لا تحل فى الحدود ، من كتاب الشروط ، وفى : باب هل يأمر الإمام رجلا فيضرب الحد غائبا عنه ، من كتاب الحدود ، وفى : باب كيف كان يمين النبي على ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب الاعتراف بالزنى ، وباب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى ... ، من كتاب الحدود ، وفى : باب هل يجوز للحاكم أن يعث رجلا وحده للنظر فى الأمور ، من كتاب الأحكام ، وفى : باب ما جاء فى إجازة خبر الواحد ، من كتاب الأحاد . صحيح البخارى ٣ / ٢١٤، ٢٠٨، ٢٤١، ٢٤، ٢٠٥، / ٢١٤، ٢٠٨، ٢١١، ٩٤ / ١٣٧٥ . الآحاد . صحيح البخارى ٣ / ٢١٤، ٢٠٥، ٢٤١ ، ٢٤٥ ، ٢٠٥ . ولا المحلم ، فى : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ٢١٤ ، ١٩٢٥ ، ١٣٢٥ كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٣ / ٢٠٥ ، والنسائى ، فى : باب صون النساء عن مجلس الحكم ، من أبواب الحدود . عارضة الأحوذى ٣ / ٢٠٥ ، والنسائى ، فى : باب صون النساء عن من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١١ . وابن ماجه ، فى : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ما لك ، فى : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ، فى : باب الاعتراف فى الزنى ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢ / ١٨٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ، فى : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ١٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ، فى : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ١٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ، فى : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ١٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند .

(٢) أخرجه مسلم ، ف : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٠ . وأبو داود ، ف : باب رجم ماعز بن مالك ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٥٦ – ٤٥٩ . والدارمى ، ف : باب الاعتراف بالزناء ، من كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢ / ١٧٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٢٢ .

في إقامة حدِّ الشَّرْبِ على الوَليدِ بن عُقْبة . رواه مسلم (١) . ولأن الحاجَة تَدْعُو إليه ؛ لأنَّ الإِمامَ لا يُمْكِنُه تَوَلِّى ذلك بِنَفْسِه . ويجوزُ التَّوْكِيلُ في إثْباتِها . وقال أبو الخطّاب : لا يَجُوزُ . وهو قول الشافعيّ ؛ لأنَّها تَسْقُطُ بالشَّبُهاتِ ، وقد أُمِرْنا بدَرْئِها بها ، والتَّوكيلُ تَوصُّلُ إلى الإيجابِ . ولنا ، بالشَّبُهاتِ ، وقد أُمِرْنا بدَرْئِها بها ، والتَّوكيلُ تَوصُّلُ إلى الإيجابِ . ولنا ، حديثُ أَنْيسٍ الذي ذَكَرْناه ، فإنَّ النبيَّ عَيِّلَةٍ وَكَلَه في إثْباتِه [١٣٣/٤ ط] واسْتِيفائِه جمِيعًا بقَوْلِه : « فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فارْجُمْهَا » . وهذا يَدُلُّ على أنَّه لم يَكُنْ ثَبَت ، وقد وكَّله في إثْباتِه . ولأنَّ الحاكِمَ إذا اسْتَنابَ ، دَخَل في ذلك الحُدُودُ ، فإذا دَخَلَتْ في التَّوْكيلِ بطَرِيقِ العُمُومِ ، فبالتَّخْصِيصِ ذلك الحُدُودُ ، فإذا دَخَلَتْ في التَّوْكيلُ بطَرِيقِ العُمُومِ ، فبالتَّخْصِيصِ يكونُ دُخُولُها أَوْلَى ، والوَكِيلُ يَقُومُ مَقامَ المُوكِلِ في دَرْئِها بالشَّبُهاتِ . يكونُ دُخُولُها أَوْلَى ، والوَكِيلُ يَقُومُ مَقامَ المُوكِلِ في دَرْئِها بالشَّبُهاتِ .

الإنصاف

المَحْضَةُ ؛ كالصَّلاةِ ، والصَّوْمِ ، والطَّهارَةِ مِنَ الحدَثِ ، فلا يجوزُ التَّوْكِيلُ فيها ، إلَّا الصَّوْمَ المَنْذُورَ ، يُفْعَلُ عن المَيِّتِ ، على ما تقدَّم فى بابه ، وليس ذلك بو كالَةٍ . ويصِحُّ التَّوْكِيلُ فى الحَجِّ ، ورَكْعَتَى (٢) الطَّوافِ فيه تدُّخُلُ تَبَعًا له .

قوله: والحُدودِ في إثباتِها واسْتِيفائِها. هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به في « الوَجيزِ » ، و « النَّظْمِ » . واختارَه القاضي في « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَبْدُوسِ في « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنُ مُنجَّى في « شَرْحِه » . وقال أبو الخَطَّابِ : ابن رَزِينَ » ، و نَصَرُوه . وقدَّمه ابنُ مُنجَّى في « شَرْحِه » . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تَصِحُّ الوَكَالَةُ في إثباتِه ، وتصِحُ في اسْتِيفائِه . جزَم به في « الهِدايةِ » ، لا تَصِحُّ الوَكَالَةُ في إثباتِه ، وتصِحُ في اسْتِيفائِه . جزَم به في « الهِدايةِ » ،

⁽١) في : باب حد الخمر ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣٣١ ، ١٣٣٢ .

⁽٢) في الأصل ، ط : « وركني ، .

فصل: فأمَّا العِباداتُ ، فما تَعَلَّقَ منها بالمال ؛ كَالصَّدقاتِ ، والزَّكاةِ ، والمَنْذُوراتِ ، والكَفَّاراتِ ، جاز التَّوكِيلُ في قَبْضِها وتَفْريقِها . ويَجُوزُ للمُخْرِجِ التَّوْكِيلُ في إخْراجِها ودَفْعِها إلى مُسْتَحِقِّها . ويَجُوزُ أن يَقُولَ لغيره : أُخْرِجْ زَكَاةَ مالِي مِن مالِكَ ؛ لأنَّ النبيَّ عَيْسَالُمْ بَعَثْ عُمَّالَه لقَبْض الصَّدَقاتِ وتَفْريقِها ، وقال لمُعاذٍ حينَ بَعَثَه إلى اليَمَن : « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُوْخَذُ مِن أَغْنِيَائِهِمْ ، فَتُرَدُّ في فَقَرَائِهم » . مُتَّفَقٌ عليه(١) . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ في الحَجِّ إذا أيسَ المَحْجُوجُ عنه مِن الحَجِّ بنَفْسِه ، وكذلك العُمْرَةُ . ويَجُوزُ أَن يُسْتنابَ مَن يَحُجُّ عنه بعدَ المَوْتِ . فأمَّا العِباداتُ البَدَنِيَّةُ المَحْضَةُ ؛ كالصلاةِ ، والصِّيام ، والطهارةِ مِن الحَدَثِ ، فلا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فيها ؟ فإنَّها تَتَعلَّقُ ببَدَنِ مَن هي عليه ، فلا يَقُومُ غيرُه مَقامَه ، إلَّا أَنَّ الصيامَ المَنْذُورَ يُفْعَلُ عن المَيِّتِ ، وليس ذلك بتَوْكيلِ ؛ لأنَّه لم يُوكِّلْ في ذلك ، ولا وَكُلُّ فيه غيرُه . ولا يَجُوزُ في الصلاةِ إِلَّا في رَكْعَتَى الطُّوافِ تَبَعًا للحَجِّ . ولا تَجُوزُ الاسْتِنابةُ في الطهارَةِ إِلَّا في صَبِّ الماء وإيصالِه إلى الأعْضاء ، وفي تَطْهير النَّجاسَةِ عن البَدَنِ والثَّوْبِ وغيرهما .

الإنصاف و « المُذْهَب » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَب » ، و « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِبِ » . قال ابنُ رَزِينِ في « شَرْحِه » : وليس بشيءٍ . وأَطْلَقهما في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » .

⁽١) تقدم تخريجه في ٢٩١/٦، ٩٩/٢.

وَيَجُوزُ الْاسْتِيفَاءُ فِي حَضْرَةِ الْمُوكِّلِ وَغَيْبَتِهِ ، إِلَّا الْقِصَاصَ وَحَدَّ اللهَ الْقَذْفِ عِنْدَ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ، لَا يَجُوزُ فِي غَيْبَتِهِ .

الشرح الكبير

نص عليه أحمد . وهو قولُ مالِكِ (إلَّا القِصاصَ وَحَدَّ القَدْفِ عندَ بعض عليه أحمد . وهو قولُ مالِكِ (إلَّا القِصاصَ وَحَدَّ القَدْفِ عندَ بعض أصحابِنا ، لا يَجُوزُ في غَيْبَتِه) وقد أَوْماً إليه أحمد . وهو قولُ أبي حنيفة ، أصحابِنا ، لا يَجُوزُ في غَيْبَتِه) وقد أَوْماً إليه أحمد . وهو قولُ أبي حنيفة ، وبعض الشافعيَّة ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أَن يَعْفُو المُوكِلُ في حالِ غَيْبَتِه ، فيسْقُط ، وهذا الاحتِمالُ شُبهة تَمْنَعُ الاسْتِيفاء . ولأنَّ العَفْو مَنْدُوبٌ إليه ، فإذا حَضَر احْتَمَلَ أَن يَرْحَمَه فيعْفُو . والأَوَّلُ ظاهِرُ المَدْهب ؛ لأَنَّ ما جاز اسْتِيفاؤُه في حَضْرَةِ المُوكِلُ ، جاز في غَيْبَتِه ، كالحُدودِ وسائِر الحُقُوقِ ، واحْتِمالُ في حَضْرَةِ المُوكِلُ ، جاز في غَيْبَتِه ، كالحُدودِ وسائِر الحُقُوقِ ، والأَصْلُ العَفْو بَعِيدٌ . والظَّاهِرُ أَنَّه لو عَفا لبعَثَ وأعْلَمَ وَكِيلَه بعَفْوه ، والأَصْلُ عَدَمُه ، فلا يُؤثِّرُ ، "أَلا تَرَى" أَنَّ قُضاةَ رسولِ الله عَيْبَتُه كَانُوا يَحْكُمُون في البِلادِ ، ويُقيمُونَ الحُدُودَ التي تُدْرَأُ بالشَّبُهاتِ ، مع احْتِمالِ النَّسْخِ . وكذلك لا يُحْتاطُ ("أو تَغَيُّرِ") اجْتِهادِ الحاكِم ِ الشَّهُودِ ، مع احْتِمالِ النَّسْخ ِ . وكذلك لا يُحْتاطُ ("أو تَغَيُّرِ") اجْتِهادِ الحاكِم ِ السَّهادَةِ ، "أو تَغَيُّرِ" اجْتِهادِ الحاكِم ِ .

قوله: ويجوزُ الاسْتِيفاءُ فى حَضْرَةِ المُوَكِّلِ وغَيْبَتِه ، إِلَّا القِصَاصَ ، وحَدَّ الإنصاف القَذْف ، عندَ بعض أصحابِنا ، لا يَجُوزُ فى غَيْبَتِه . منهم ابنُ بَطَّة ، وابنُ عَبْدُوس فى « تَذْكِرَتِه » . وهو روايَةٌ عن أحمدَ . ذكرَها ابنُ أَبِى مُوسى ، ومَن بعدَه . قال ابنُ رَزِين ، عن هذا القَوْلِ : وليس بشيء . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ

⁽١ - ١) في الأصل : « الأثر » .

⁽٢) في الأصل : ﴿ الاحتياط ﴾ . وفي م : ﴿ يختلط ﴾ .

⁽٣ – ٣) في الأصل : ﴿ بغير ﴾ . وفي م : ﴿ أَو بغير ﴾ .

الإنصاف اسْتِيفائِهما في غَيْبَةِ المُوَكِّلِ . قال في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ » ، وابنُ رَزِينٍ ف ﴿ شَرْحِه ﴾ : هذا ظاهرُ المذهب . قال ابنُ مُنجَّى في ﴿ شَرْحِه ﴾ ، وصاحِبُ « الفائق » : هذا المذهبُ . وجزَم به في « الوَجيز » وغيره . وقدَّمه في « الهداية » ، و « المُذْهَب » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَب » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخَلاصَةِ » ، و « الحاويَيْن » ، وغيرهم . فعلى المذهب ، لو اسْتُوفِيَ القِصاصُ بعدَ عَزْلِه ، و لم يَعْلَمْ ، ففي ضَمانِ المُوكِّل وَجْهان . قال أبو بَكْرٍ : لا ضَمانَ على الوّكِيل . فمِنَ الأصحاب من قال : لعَدَم تَفْريطِه . ومنهم من قال : لأَنَّ عَفْوَ مُوَكِّلِه لم يصِحُّ ؛ حيثُ حصَل على وَجْهِ لا يُمْكِنُ اسْتِدْراكُه ، فهو كما لو عَفا بعدَ الرَّمْي . قال أبو بَكْر : وهل يَلْزَمُ المُوَكِّلَ ؟ على قَوْلَيْن . وللأصحاب طريقَةٌ ثانيةٌ ، وهي البناءُ على انْعِزاله قبلَ العِلْم ؛ فإنْ قُلْنا : لا يَنْعَزلُ . لم يصِحُّ العَفْوُ . وإنْ قُلْنا : يَنْعَزِلُ . صحَّ العَفْوُ ، وضَمِنَ الوَكِيلُ ، وهل يَرْجِعُ على المُوَكِّل؟ على وَجْهَيْن؛ أحدُهما، يرْجعُ؛ لتَغْريره(١). والثَّاني ، لا . فعلي هذا ، فَالدُّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الوَكِيلِ ، عَندَ أَبِي الخَطَّابِ ؛ لأنَّه خَطَأً . وعندَ القاضي ، في مالِه ، وهو بعيدٌ . وقد يقالُ : هو شِبْهُ عَمْدٍ . قالَه المُصَنِّفُ . وللأصحاب طريقَةٌ ثالثةٌ ، وهي ؛ إِنْ قُلْنا : لا يَنْعَزِلُ . لم يَضْمَن الوَكِيلُ . وهل يضْمَنُ العامِّيُّ ؟ على وَجْهَيْن ، بناءً على صِحَّةِ عَفْوِه ، وترَدُّدًا بينَ تَغْريرِه وإحْسانِه . وإنْ قُلْنا : يَنْعَزلُ . لَزِ مَتْه الدِّيَّةُ . وهل تكونُ في مالِه ، أو على عاقِلَتِه ؟ فيه وَجْهان . وهي طريقَةُ أبيي الخَطَّاب ، وصاحِب « التَّرْغيب » ، وزاد ، وإذا قُلْنا : في مالِه . فهل يرْجعُ بها على المُوَكُل ؟ على وَجْهَيْن .

⁽١) في ط: « لتعزيره ».

وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلُ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلُهُ بِنَفْسِهِ ، إلَّا بإذْنِ اللَّهَ الْمُوَكِّل . وَعَنْهُ 17.1 هـ] يَجُوزُ . وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ وَالْحَاكِمُ . وَيَجُوزُ تَوْكِيلُهُ فِيمَا لَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ يَعْجِزُ عَنْهُ لِكَثْرَتِهِ .

١٩٩٣ – مسألة : (ولا يَجُوزُ للوَكِيل أن يُوكِّلَ فيما يَتَوَلَّى مِثْلَه الشرح الكبير بنَفْسِه ، إِلَّا بإِذْنِ المُوَكِّل . وعنه ، يَجُوزُ . وكذلك الوَصِيُّ والحاكِمُ . وله التَّوْكيلُ فيما لا يَتَوَلَّى مِثْلَه بنَفْسِه ، أو يَعْجزُ عنه لكَثْرَتِه) [١٣٤/٤ و] وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ التَّوْكِيلَ لا يَخْلُو مِن ثَلاثَةِ أَحُوالِ ؛ أَحَدُها ، أن يَنْهَى المُوَكِّلُ وَكِيلَه عن التَّوْكِيل ، فلا يَجُوزُ له ذلك بغير خِلافٍ ؛ لأنَّ ما نَهاه عنه غيرُ داخِل في إذَّنِه ، فلم يَجُزْ له ، كما لو لم يُوَكِّلُه . الثانِي ، أن

قوله : ولا يجوزُ للوَكيلِ التَّوْكِيلُ فيما [٢/ ١٤٨و] يَتَوَلَّى مِثلُه بنَفْسِه . هذا الإنصاف المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يجوزُ . وأطْلَقهما في « الهدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،. و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِي » ، و « التَّلْخيص » ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ قُواعِدِ ابن رَجَبٍ ﴾ ، وغيرِهم .

> قوله : وكذلك الوَصِيُّ والحاكِمُ . يَعْنِي ، أنَّه إذا أوْصَى إليهم في شيءٍ ، هل له أَنْ يُوَكِّلَ مَن يَعْلَمُه ؟ وهل للحاكِم أَنْ يَسْتَنِيبَ غيرَه فيما يتَوَلَّى مِثْلُه ؟ فقطَع المُصَنِّفُ ، أنَّ الوَصِيَّ في جوَاز التَّوْكِيلِ وعدَمِه كالوَكِيلِ ، خِلافًا ومذهبًا . وهو إِحْدَى الطَّرِيقَتِيْنِ . وهو المذهبُ . وهي طَريقَةُ القاضي ، وابن عَقِيلِ ، وصاحِب « الهدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، والمُصَنِّف ، والشَّارِح ِ ، وابن ِ رَزِين ِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وغيرِه . وقدَّمها فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . والطُّرِيقَةُ الثَّانيةُ ، يجوزُ للوَصِيِّ التَّوْكِيلُ ، وإنْ منَعْناه

الشرح الكبير يَأْذَنَ له في التَّوكِيل ، فيَجُوزُ له ؛ لأنَّه عَقْدٌ أَذِنَ فيه ، فكان له فِعْلُه ، كَالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فيه . ولا نَعْلَمُ في هذا خِلافًا . فإن قال : وَكَّلْتُك فاصْنَعْما شِئْتَ . فله أن يُوكِّلَ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : ليس له التَّوْ كِيلُ في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ يَقْتَضِي تَصَرُّفًا يتَوَلَّاه بنَفْسِه ، فقَوْلُه : اصْنَعْ مَا شِئْتَ . يَرْجِعُ إِلَى مَا يَقْتَضِيهِ التَّوْكِيلُ مِن تَصَرُّفِه بَنَفْسِه . ولنَا ، أَنَّ لَفْظَه عامٌّ فيما شاء ، فيَدْخُلُ في عُمُومِه التَّوْكِيلُ . الثالثُ ، أَطْلَقَ له الوَكَالَةَ ، فلا يَخْلُو مِن أَقْسَام ثَلاثَةٍ ؛ أَحَدُها ، أن يكونَ العَمَلُ ممّا

الإنصاف في الوَكِيلِ . ورَجَّحه القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الخَطَّابِ أيضًا . وقدَّمه في « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ بالولايَةِ ، وليس وَكِيلًا مَحْضًا ، فإنَّه مُتَصَرِّفٌ بعدَ المَوْتِ ، بخِلافِ الوَكِيلِ ؛ ولأنَّه تُعْتَبَرُ عَدَالَتُهُ وَأَمَانَتُهُ . وأمَّا إسْنادُ الوَصِيَّةِ مِنَ الوَصِيِّ إلى غيرِه ، فيَأْتِي في كلام المُصَنِّفِ ، في بابِ المُوصَى إليه . وأمَّا الحاكِمُ ، فقطَع المُصَنِّفُ أيضًا ، أنَّه كالوَكيل في جَواز اسْتِنابَةِ غيرِه . وهو المذهبُ . وهو إحْدَى الطُّرِيقَتيْن أيضًا . وهي طَريقَةُ القاضي في « المُجَرَّدِ » ، و « الخِلافِ » ، وصاحبِ « الهِدايةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، والمُصَنِّفِ. وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الفُروعِ ِ » ، و ﴿ الرِّعايَتَيْنِ ﴾ ،و ﴿ الحَاوِيَيْنِ ﴾ ،و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ،وغيرِهم .والطُّريقَةُ الثَّانيةُ ، يجوزُ له الاسْتِنابَةُ والاسْتِخْلافُ ، وإنْ منَعْنا الوَكِيلَ منها . وهي طَرِيقَةُ القاضي في « الأحكام السُّلطانِيَّةِ » ، وابن عَقِيلٍ . واخْتارَه النَّاظِمُ . وقدَّمه في « المُحَرَّرِ » . ونصَّ عليه في رِوايَةِ مُهَنَّا . قال ابنُ رَجَبٍ في « قَواعِدِه » : بناءً على أنَّ القاضيَ ليس بنائبِ الإمام ِ ، بل هو ناظِرٌ للمُسْلِمينَ لا عن ولايَّة ٍ ؛ ولهذا لا يَنْعَزِلُ

يَرْتَفِعُ(١) الوَكِيلُ عن مِثْلِه ، كالأعْمال الدَّنيَّةِ في حَقِّ أَشْرافِ النَّاسِ المُرْتَفعِين عن فِعْلِها في العادَةِ ، أو يَعْجِزُ عن عَمَلِه ؛ لكَوْنِه لا يُحْسِنُه ، فإنَّه يَجُوزُ (٢) له التَّوْ كِيلُ فيه ؛ لأنَّه إذا كان ممَّا لا يَعْمَلُه الوَكِيلُ عادَةً ، انْصَرَفَ الإِذْنُ إِلَى مَا جَرَتْ بِهِ العَادَةُ مِنِ الاسْتِنَابَةِ فِيهِ . القِسْمُ الثَّانِي ، أَن يكونَ ممَّا يعملُه بنَفْسِه ، إلَّا أنَّه يَعْجزُ عن عَمَلِه ؛ لكَثْرَتِه وانْتِشارِه ، فيَجُوزُ له التَّوْكِيلُ في عَمَلِه أيضًا ؛ لأنَّ الوَكالَة اقْتَضتْ جَوازَ التَّوْكِيل ،

بِمَوْتِه ولا بِعَزْلِه ، فيكونُ حُكْمُه في ولايتِه حُكْمَ الإمام ، بخِلافِ الوَكِيلِ ؟ ولأنَّ الإنصاف الحاكِمَ يَضِيقُ عليه تَوَلِّي جميع ِ الأحْكام ِ بنَفْسِه ، ويُؤدِّي ذلك إلى تَعْطيل مَصالح النَّاسِ العامَّةِ ، فأشْبَهَ مَن وَكُّلَ فيما لا يُمْكِنُه مُباشَرَتُه عادةً لكَثْرَتِه . انتهى . وألْحَق بالحاكم أُمينَه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » .

> فوائد تُشْبِهُ ما تقدُّم ؛ منها ، الشَّرِيكُ ، والمُضارِبُ ، هل لهما أنْ يُوكُّلا ، أم لا ؟ ويأْتِي ذلك في كَلامِ المُصَنِّفِ في شَركَةِ العِنانِ ، ونتَكَلَّمُ عليها هناك . ومنها ، الوَلِيُّ فِي النِّكَاحِ، هل له أَنْ يُوكِّلَ، أو لا؟ فلا يَخْلُو؛ إمَّا أَنْ يكونَ مُجْبَرًا، أو لا؛ فإنْ كان مُجْبَرًا، فلا إشْكالَ في جَوازِ تَوْكِيلِه؛ لأنَّ وِلاَيْتَه ثابِيَّةٌ شَرْعًا مِن غير جهة المَرْأَةِ ، وكذلك لا يُعْتَبَرُ معه إذَّتُها . وقطَع بهذا الجُمْهورُ . وقيل : لا يجوزُ . حكَاه في « الرِّعايةِ الكُبْرِي » . وإنْ كان غيرَ مُجْبَرٍ ، ففيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، يجوزُ له التَّوْكِيلُ ، وإنْ مَنَعْنا الوَكِيلَ مِنَ التَّوْكِيلِ ؛ لأنَّ وِلايتَه ثابِتَةٌ بالشُّرْعِ مِن غيرِ جِهَةِ المرْأة ، فلا تتَوَقَّفُ اسْتِنابَتُه على إذْنِها كالمُجْبَرِ ، وإنَّما افْتَرَقاعلى اعْتِبارِ إذْنِها في صِحَّةِ

⁽١) في م: ﴿ يَتَرَفَّع ﴾ .

⁽٢) في م : ﴿ لَا يَجُوزُ ﴾ .

"فجاز التَّوْكِيلُ" في فِعْل جميعه ، كالو أَذِن فيه بلفظِه . وقال القاضى : عندى إنَّماله التَّوْكِيلُ فيما زاد على ما يَتمكَّنُ مِن عَمَلِه بنَفْسِه ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ إنما جاز للحاجَة ، ناحْتَصَّ ما دَعَتْ إليه الحاجَة ، بخلاف وُجُود إِذْنِه ، فا جار للحاجَة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . القِسْمُ الثّالثُ ، فايَّد مُطْلَق . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . القِسْمُ الثّالثُ ، ما عَدا هذين القِسْمَيْن ، وهو ما يُمْكِنُه عَمَلُه بنَفْسِه ولا يَرْتَفِعُ عَنَه فهل يَجُوزُ له التَّوْكِيلُ فيه ؟ على روايَتَيْن ؛ إحداهما ، لا يَجُوزُ . نقلها ابنُ مَنْصُور . وهو مَذْهَبُ أبى حنيفة ، وأبى يوسُف ، والشافعي ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له بالتَّوْكِيلِ ولا تَصَمَّنه إِذْنُه ، فلم يَجُزْ ، كالو نهاه ، ولأنّه اسْتئمان لم يأذُنْ له بالتَّوْكِيلِ ولا تَصَمَّنه إِذْنُه ، فلم يكُنْ له أن يُولِيه مَن لم يَأْمُنْه عليه ، كالوديعة . فيما يُمْكُه النَّهُ ول الله مَن الم يكُنْ له أن يُولِيه مَن لم يأمنه عليه ، كالوديعة . والثانية ، يَجُوزُ . نقلَها حَنْبَلٌ (٢) . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، إذا مَرِض أو والثانية ، يَجُوزُ . نقلَها حَنْبَلٌ (٢) . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، إذا مَرِض أو والأُولَى أَوْلَى أَوْلَى . ولا يُشْبِهُ الوكِيلُ المالِكَ ؛ فإنَّ المالِكَ يتَصَرَّفُ في مِلْكِه والأُولَى أَوْلَى . ولا يُشْبِهُ الوكِيلُ المالِكَ ؛ فإنَّ المالِكَ يتَصَرَّفُ في مِلْكِه صَاء ؛ بخلاف الوكِيلِ . ولا يُشْبِهُ الوكِيلُ .

الإنصاف

النّكاحِ ، ولا أثرَ لها هنا . وهذه طَريقَةُ المُصَنّفِ ، والشَّارِحِ ، وصاحِبِ «المُحَرَّرِ » ، و « النّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينِ » ، وغيرِهم . قلتُ : وهو أَقْوَى دَليلًا . وهو المذهبُ . والطَّريقُ الثَّانيَ ، أنَّ حُكْمَه حكمُ الوَكِيلِ ، خِلافًا ومَذْهَبًا . قدَّمه في « الفُروعِ » ، وقدَّم في بابِ أَرْكانِ النِّكاحِ الأَوَّلَ ، فناقَضَ . قال ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِه » ، عن هذه الطَّريقَةِ : فيها النِّكاحِ الأَوَّلَ ، فناقَضَ . قال ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِه » ، عن هذه الطَّريقَة : فيها

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

⁽٢) فى الأصل : ٩ يترفع ٩ .

⁽٣) في م : و أحمد ه .

..... المقنع

فصل: وكلُّ وَكِلُّ وَكِيلِ جاز له التَّوْكِيلُ ، فليس له أن يُوكِّلَ إِلَّا أُمينًا ؛ الشرح الكبير لأنَّه لا نَظَرَ للمُوكِّلِ في تَوْكِيلِ مَن ليس بأمِين ، فَيُقَيَّدُ (') جوازُ التَّوْكِيلِ ، كَا أَنَّ الإِذْنَ في البَيْعِ يَتَقَيَّدُ بالبَيْعِ بِثَمَنِ المِثْلِ ، كَا أَنَّ الإِذْنَ في البَيْعِ يَتَقَيَّدُ بالبَيْعِ بِثَمَنِ المِثْلِ ، إلَّا أن يُعيِّنَ له المُوكِّلُ [١٣٤/٤ ع] مَن يُوكِلُه ، فيجُوزُ تَوْكِيلُه وإن لم يكن أمِينًا ؛ لأنَّه قَطَع نَظَرَه بتَعْيِينِه . فإن وكيلَ أمِينًا فصار خائِنًا ، فعليه عَزْلُه ؛ لأنَّ تَرْكَه يتَصَرَّفُ مع الخِيانَةِ تَصْيِيعٌ وتَفْرِيطٌ ، والوَكالَةُ تَقْتَضِي اسْتِعْمانَ أمِينٍ ، فوجَبَ عَزْلُه .

ضَعْفٌ . وأَطْلَقَ في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ في إِذْنِها وعدَمِه رِوايتَيْن . ويأْتِي ذلك في أَرْكَانِ الإنصاف النِّكاحِ ، عندَ قوْلِه : ووَكِيلُ كلِّ واحدٍ مِن هؤلاءِ يقُومُ مَقامَه ، وإنْ كانَ حاضِرًا . باتَمَّ مِن هذا . ومنها ، العَبْدُ والصَّبِئُ المَأْذُونُ لهما ، هل لهما أَنْ يُوكِّلا ؟ وتقَدَّم الكَلامُ عليهما في آخِر باب الحَجْر .

قوله: ويجوزُ تَوكِيلُه فيما لا يَتَوَلَّى مثلَه بنَفْسِه ، أُو يَعْجِزُ عنه لكَثْرَتِه . بلانِزاع . لكِنْ هل يَسوغُ له التَّوْكِيلُ في الجميع ؟ وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهب . قدَّمه في « المُعْنِي » ، و « الشَّرْح ِ » ، و « شَرْح ِ ابن رَزِين » ، و « الفُروع ِ » . وف القَدْرِ المُعْجُوزِ عنه خاصَّةً ؟ اختارَه القاضي ، وأبنُ عَقِيلً ٍ . فيه وَجْهان . وأطْلَقهما في « القواعِدِ الفِقْهيَّة ِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » .

فوائد ؛ الأُولَى ، حيثُ جوَّزْنا له التَّوْكِيلَ ، فمِن شَرْطِ الوَكيلِ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ أَمِينًا ، إلَّا أَنْ يُعَيِّنُه المُوَكِّلُ الأَوَّلُ . الثَّانيةُ ، لو قال المُوَكِّلُ للوَكِيلِ : [٢/ يكونَ أَمِينًا ، إلَّا أَنْ يُعَيِّنُه المُوكِيلِ : [٢/ يكونَ أَمِينًا ، إلَّا أَنْ يُعَيِّنُه المُؤنِى » ، وكان وَكِيلَ وَكِيلهِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، اللهُ عَنِي تَا اللهُ عَنِي » ،

⁽١) في م: « فيفيد ».

فصل : والحُكْمُ في الوَصِيِّ يُوكِّلُ فيما أُوصِيَّ به إليه ، وفي الحاكِم يُوَلَّى القَضاءَ في ناحِيةٍ يَسْتَنِيبُ غيرَه ، حُكْمُ الوَكِيلِ فيما ذَكَرْنا مِن التَفْصِيلِ ، إِلَّا أَنَّ المَنْصُوصَ عن أحمدَ ، في رِوايَةِ مُهَنَّا ، جَوازُ ذلك . وهو قولَ الشافعيِّ في الوَصِيِّ ؛ لأنَّ الوَصِيُّ يتَصَرَّفُ بِوَلائِه ، بدَليل أنَّه يتَصَرَّفُ(') فيما لم يُنَصَّ له على التَّصَرُّفِ فيه ، والوَكِيلُ لا يَتَصَرَّفُ إلَّا فيما نُصَّ له عليه . قال شيخُنا(٢) : والجَمْعُ بينَهما أَوْلَى ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ في مال غيره بالإذْنِ ، فأشْبَهَ الوَكِيلَ ، وإنَّما يتَصَرَّفُ فيما اقْتَضَتْه الوَصِيَّةُ ، كَالُوَكِيلِ ، إِنَّمَا يَتَصَرَّفُ فيمَا اقْتَضَتْهُ الْوَكَالَةُ .

فصل : فأمَّا الوَلِيُّ في النِّكاح ، فله التَّوْكِيلُ في تَزْوِيج ِ مُوَلِّيتِه بغير إِذْنِهَا ، أَبًا كَانَ أُو غَيْرُه . وقال القاضي ، في مَن لا يَجُوزُ له الإجْبارُ : هو(٢) كالوَكِيلِ ، يُخَرُّجُ على الرِّوايَتَيْنِ المَنْصُوصِ عليهما في الوَكيلِ . ولأصحاب الشافعيِّ فيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، لا يَمْلِكُ التَّوْ كِيلَ إِلَّا بإِذْنِها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّرْوِيجَ إِلَّا بإِذْنِها ، أَشْبَهَ الوَكِيلَ . ولنَا ، أنَّ وِلاَيْتَه مِن غير

الإنصاف و « الشُّرْحِ ، ، و « الفُروعِ ، ، و « الرُّعايةِ ، ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينِ ، ، وغيرِهم . وإنْ قال : وَكُلْ عَنِّي . صحَّ أيضًا ، وكان وَكِيلَ مُوَكِّلِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به في « المُعْنِي » ، و « الشُّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينِ » ، و ﴿ الرِّعايةِ ﴾ ، وغيرِهم . وقدَّمه في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . وقيل : يكونُ وَكِيلَ وَكِيلِه

⁽١) في م : ﴿ لَمْ يَتَصَرُّفَ ﴾ .

⁽٢) في : المغنى ٢٠٩/٧ .

⁽٣) في م: ١ هل هو ١ .

جِهَتِها ، فلم يُعْتَبرُ إِذْنُها فى تَوْكيلِه فيها ، كالأبِ ، بخِلافِ الوَكِيلِ ، فإنَّ الحَاكِمَ الوَلِيَةِ الشَّرْعِيَّةِ ، أَشْبَهَ الحَاكِمَ ، ولأَنَّ الحَاكِمَ يَمْلِكُ تَفْوِيضَ عُقُودِ الأَنْكِحَةِ إلى غيرِه بغيرِ إِذْنِ النِّساءِ ، فكذلك الوَلى . يَمْلِكُ تَفْوِيضَ عُقُودِ الأَنْكِحَةِ إلى غيرِه بغيرِ إِذْنِ النِّساءِ ، فكذلك الوَلى . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالحَاكِم . والذي يُعْتَبرُ إِذْنُها فيه هو غيرُ ما يُوكَّلُ فيه ، بدليل أِنَّ الوَكِيلَ لا يَسْتَغْنِي عن إِذْنِها فى التَّزْوِيجِ ، فهو كالمُوكَّلِ فى ذلك .

فصل: إذا أذِنَ المُوكِّلُ في التَّوْكِيلِ ، فَوكَّلَ ، كان الوَكِيلُ الثانِي وَكِيلًا للمُوكِّلِ ، لا يَنْعزِلُ بمَوتِ الوَكِيلِ الأوَّلِ ولا عَزْلِه ، ولا يَمْلِكُ الأَوَّلُ عَرْلَ الثانِي ؛ لأَنَّه ليس بوكيله . وإن أَذِنَ له أَن يُوكِّلَ لَنفْسِه ، جاز ، وكان وَكِيلًا للوَكِيلِ ، يَنْعزِلُ بمَوْتِه وعَزْلِه . وإن مات المُوكِّلُ ، أو عُزِل الأوَّلُ ، انْعزَلا جَميعًا ؛ لأَنَّهما فرْعان له ، لكنَّ أَحَدَهما فَرْعُ الآخرِ ، فذَهَبَ حُكْمُهما بذَهابِ أَصْلِهما . وإن وكل مِن غيرِ أن يُؤذَن له في التَّوكِيلِ نُطْقًا ، بل وُجِد عُرْفًا ، أو على الرِّوايَةِ التي أَجَزْنا له التَّوكِيلَ مِن غيرِ إذْنِ ، فالثانِي وَكِيلُ الوكِيلِ الأوَّلِ ، حُكْمُه حُكْمُ ما لو أذِنَ له أن يُوكِّلُ لَنفْسِه .

أيضًا ، كالأُولَى . هذا ، نقَلَه في « الفُروعِ » . وقال في « التَّلْخيصِ » ، فيما إذا الإنصاف قال : وَكُلْ قال : وَكُلْ قال : وَكُلْ عَنِّى : أَنَّه وَكِيلُ المُوكُلِ ، وقطَع به . وقال ، فيما إذا قال : وَكُلْ عنك . هل يكونُ وَكِيلَ المُوكِلِ ، أو وَكِيلَ الوَكِيلِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . فتَعاكَسا في محَلِّ الخِلافِ . فلعَلَّ ما في « التَّلْخيصِ » غلَطَّ مِنَ النَّاسِخِ ، فإنَّ الطَّرِيقَةَ الأُولَى في محَلِّ الخِلافِ . فلعَلَّ ما في « التَّلْخيصِ » غلَطَّ مِنَ النَّاسِخِ ، فإنَّ الطَّرِيقَةَ الأُولَى أَصُولِ ، أو يكونُ طرِيقَةً ، وهو بعيدٌ . وإنْ قال : وَكُلْ . و لم

199٤ – مسألة : ﴿ وَيَجُوزُ تَوْكِيلُ عَبْدِ غيرِه بَإِذْنِ سَيِّدِهِ ﴾ لأنَّ المَنْعَ لِحَقِّ السَّيِّدِ ، فجاز بإذْنِه (ولا يَجُوزُ بغير إذْنِهِ) لأنَّه لا يجوزُ له التَّصرفُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه ؛ لكَوْنِه مَحْجُورًا عليه . فإذا ي ١٣٥/٤ و] أَذِنَ في ذلك ، صَحَّ ، كَمَا تَصِحُّ تَصَرُّفاتُه بإذْنِه .

الإنصاف يُقُلْ: عَنِّي . ولا: عنك . فهل يكونُ وَكِيلَ الوَكِيلِ كَالْأُولَى ، أُو وَكِيلَ المُوكِّلِ كَالثَّانِيَةِ ؟ فيه وَجْهان . وأَطْلَقهما في « التَّلْخيص » ، و « الرِّعايةِ » ، و ﴿ الفُروعِ ﴾ ؛ أحدُهما ، يكونُ وَكِيلًا للمُوَكِّلِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وابنُ رَجَبٍ ، في آخر « القاعِدَةِ الحادِيَةِ والسُّنِّينِ » . والثَّاني ، يكونُ وَكِيلَ الوَكيلِ . وأمَّا إذا وَكَّلَ فيما يَتَوَلَّى مِثْلُه بنَفْسِه ، أو يَعْجِزُ عنه لكَثْرَتِه ، أو قُلْنا : يجوزُ له التَّوْكيلُ مِن غيرِ إِذْنٍ . وَوَكَّلَ ، فإنَّ الوَكِيلَ الثَّانِيَ وَكِيلُ الوَكِيلِ . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . الثَّالثةُ ، حيثُ حكَمْنا بأنَّ الوَكيلَ الثَّانِيَ وَكِيلٌ للمُوكُلِ ، فإنَّه يَنْعَزِلُ بَعَزْلِه ، وبمَوْتِه ونحوه ، ولا يَمْلِكُ الوَكِيلُ الأَوَّلُ عَزْلَه ، ولا ينْعَزِلُ بمَوْتِه . وحيثُ قُلْنا : هُو وَكِيلُ الْوَكِيلِ . فَإِنَّهُ يَنْعَزِلُ بَعَزْلِهُ وَبِمَوْتِه ، وَيَنْعَزِلُ بِعَزْلِ المُوَكّل أيضًا . على الصَّحيح مِنَ المذهبِ . جزَم به في « التَّلْخيصِ » وغيره . قال في « الفُروعِ » : والأصحُّ له عَزْلُ وَكِيلٍ وَكِيلِه . وقال في « الرِّعايَةِ » : له عزْلُه في أُصحِّ الوَجْهَيْنِ . وقيل : ليس له عَزْلُه .

قوله : ويجوزُ تَوْكِيلُ عَبْدِ غيرِه بإذْنِ سَيِّدِه ، ولا يجوزُ بغيرِ إذْنِه . بلا نِزاعٍ في الجُمْلَةِ . وفي صِحَّةِ تَوْكِيلِه في نِكاحٍ بلا إِذْنِ سيِّدِه وَجْهان . وأطْلَقهما في « الفُروعِ » ، وأَطْلَقهما في « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ،

• ١٩٩٥ – مسألة : (فإن وَكَّلَه بإذْنِه في شِراء نَفْسِه مِن سَيِّدِه ، فعلي رِوايَتَيْن ﴾ إحْداهما ، يَصِحُّ . وبه قال أبو حنيفةَ ، وبعضُ الشَّافِعيَّةِ . والثانيةُ ، لا يَجُوزُ . وهو قولُ بعضِ الشَّافعِيَّةِ ؛ لأَنَّ يَدَ العَبْدِ كَيَدِ سَيِّدِه ، فأشْـَهُ مَالُو وَكَّلَهُ فِي الشِّراءِمِن نَفْسِه ، وَلَهْذَا يُحْكُمُ للإنْسَانِ بِمَا فِي يَدِعَبْدِه . ولَنا ، أَنَّه يَجُوزُ أَن يَشْتَرى عَبْدًا مِن غيرِ مَوْلاه ، فجاز أَن يَشْتَرِيَه مِن مَوْلاه ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وإذا جازَ أَن يَشْتَرِيَ غيرَه ، جاز أَن يَشْتَرِيَ نَفْسَه ، كَمَا أَنَّ المرأةَ

و (الفائق) ، في صِحَّة قَبُولِه ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ التَّوْكيلُ في الإيجابِ ولا القَبُولِ . الإنصاف جزَم به في « التَّلْخيص » . قال في « الشَّرْحِ ِ » : ولا يجوزُ تَوْكيلُ العَبْدِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه . وهو ظاهرُ كلامِه في « الكافِي » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « الرِّعايةِ الكُبْرِي » ، و « القواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » . والوَجْهُ الثَّاني ، يصِحَّان منه . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ في « تَذْكِرَتِه » . وقيل : يصِحُّ في القَبُولِ دُونَ الإيجابِ . وهو ظاهرُ كلامِه في « المُغْنِي » .

> فائدة : لا يُشْتَرَطُ إِذْنُ سيِّدِه فيما يَمْلِكُه وحدَه ؛ فيجوزُ تَوْكِيلُه في الطَّلاقِ مِن غيرٍ إِذْنِ سيَّدِهِ ، كما يجوزُ له الطَّلاقُ مِن غيرٍ إِذَنِه . وكذلك السَّفِيهُ .

> قوله : وإنْ وَكَّلَه بإذْنِه في شِراء نَفْسِه مِن سَيِّدِه ، فعلى وَجْهَيْن . وكذا حَكاهما ف « الهداية » ، و « المُذْهَب » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَة » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وحَكاهما رِوايتَيْن في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « الفُروعِ ِ » ، و « الفائقِ » . وأَطْلَقهما في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ النَّذْهَبِ » ،

الشرح الكبير لَمَّا جاز تَوْكِيلُها في طَلاق غيرها ، جاز في طَلاق نَفْسِها . والوَجْهُ الذي ذَكَرُوه لا يَصِحُ ؛ لأنَّ أَكْثَرَ مَا يُقَدَّرُ (١) جَعْلُ تَوْكِيلِ العَبْدِ كَتَوْكِيلِ سَيِّدِه ، وَسنَذْكُرُ صِحَّةَ تَوْكِيلِ السَّيِّدِ فِي البَيْعِ وِالشِّراءِ مِن نَفْسِه ، فه لهنا أُوْلَى . فعلى هذا ، إذا قال العَبْدُ : اشْتَرَيْتُ نَفْسِي لزيدٍ . وصَدَّقاه ، صَحَّ ، وَلَزِم زِيدًا الثَّمَنُ . وإن قال السَّيِّدُ : ما اشترَيْتَ نَفْسَكَ إِلَّا لِنَفْسِك . عَتَقِ العَبْدُ ؛ لِإِقْرارِ السَّيِّدِ على نَفْسِه بما يَعْتِقُ به العَبْدُ (٢) ، ويَلْزَمُ العَبْدَ الثَّمَنُ في ذِمَّتِه لَسَيِّدِه ؟ لأنَّ زيدًا لا يَلْزَمُه الثَّمَنُ ، لعَدَم حُصُول العَبْدِله ، وكَوْنِ سَيِّدِه لا يَدَّعِيه عليه ، فلَزمَ العَبْدَ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ مِمَّن باشَرَ العَقْدَ أنَّه له . وإن صَدَّقَه السَّيِّدُ وكَذَّبَهُ زيدٌ ، نَظَرْتَ في تَكْذيبه ، فإن كَذَّبه في الوَكالَةِ ، حَلَف وَبرِئٌ ، وللسَّيِّدِ فَسْخُ البَيْع ِ ، واسْتِرْجاعُ عَبْدِهِ لتَعَذَّر ثَمَنِه ، وإن صَدَّقَه في الوَكِالَةِ ، وقال : ما اشْتَرِيْتَ نَفْسَك لي . فالقولُ قولُ العَبْدِ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يُقْبَلُ قَوْلُه في التَّصَرُّفِ المَأْذُونِ فيه .

الإنصاف و « المُسْتَوْعِب » ، و « الشُّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقي » ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . وجزَم به في ﴿ الكَافِي ﴾ . وصحَّحه في ﴿ التَّصْحيحِ ۗ ﴾ ، و ﴿ النَّظْمِ ﴾ . واختارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ في ﴿ تَذْكِرَتِه ﴾ . وجزَم به في ﴿ الوَّجيزِ ﴾ . قال في ﴿ الرِّعايةِ الكُبْرِي ﴾ : صحَّ في الأصحِّ . قال في « القواعِدِ الأصُولِيَّةِ » : الصَّحيحُ الصِّحَةُ . وقدَّمه في « الصُّغْرى » ، و « الحاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِي » ، و « شَرْحِ ِ ابنِ رَزِينٍ » .

⁽١) بعده في م : « هلهنا » .

⁽٢) سقط من : م .

فصل: وإذا وَكُلَ عَبْدَه في إعْتاقِ نَفْسِه ، أو امْرأَته في طَلاقِ نَفْسِها ، صَحَّ . وإن وَكُلَ العَبْدَ في إعْتاقِ عَبِيدِه ، أو المرأة في طَلاقِ نِسائِه ، لم يَمْلِكِ العَبْدُ في إعْتاقَ نَفْسِها ، لأنَّه يَنْصَرِفُ بإطْلاقِه إلى العَبْدُ (١) إعْتاقَ نَفْسِه ، ولا المرأة طَلاقَ نَفْسِها ؛ لأنَّه يَنْصَرِفُ بإطْلاقِه إلى التَّصَرُّفِ في غيرِه . ويَحْتمِلُ أنَّ لهما (١) ذلك ؛ لشُمُولِهما (١) عُمُومَ التَّصَرُّفِ في غيرِه . ويَحْتمِلُ أنَّ لهما (نَفْسِه ، في إحْدَى الرِّوايتَيْن .

الإنصاف

والوَجْهُ النَّانِي ، لا يصِحُ . فعلى المذهبِ ، لو قال : اشْتَرَيْتُ نَفْسِى لزَيْدٍ . وصدَّقاه ، صحَّ . ولو قال السَّيِّدُ : ما اشْتَرَيْتَ نَفْسَك إِلَّا لنَفْسِك . عتَق ، ولَزِمَه الثَّمَنُ . وإنْ صدَّقَه السِّيِّدُ في الأُولَى ، و (٤) كذَّبه زَيْدٌ ، نظرْتَ في تَكْذِيبِه ؛ فإنْ كذَّبه في الوَكالَةِ ، وقال : ما السَّيِّدِ فَسْخُ البَيْعِ . وإنْ صدَّقه في الوَكالَةِ ، وقال : ما اشتَرَيْتَ نَفْسَك لي . فالقَوْلُ قَوْلُ العَبْدِ . قالَه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » . وقال في « الرَّعايةِ الكُبْرِي » : لو قال : ما اشتَرَيْتَ نَفْسَك مِنِّي إِلَّا لك . فقال : بلُ لزَيْدٍ . فكذَّبه زيْدٌ ، عتَق ، ولَزِمَه الثَّمَنُ . وإنْ صدَّقَه ، لم يَعْتِقْ . قلت : بلَي . انتهى .

تنبيه: مَفْهُومُ قُوْلِه: وإِنْ وَكَّلَه بإِذْنِه فى شِراءِ نَفْسِه. أَنَّه لا يَصِحُّ تَوْكِيلُه بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه فى شِراءِ نَفْسِه. وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، قدَّمه فى « الفُروع ِ » وغيرِه . وجزَم به كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . وقيل: يَصِحُّ . وأَطْلَقَهُما فى « القواعِدِ الأصولِيَّةِ » .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل : ﴿ لَهُم ﴾ .

⁽٣) في الأصل: « لشمولها » .

⁽٤) في الأصل ، ط : ﴿ أُو ، .

الشرح الكبر وإن وَكُلَ غَرِيمَه في إِبْراءِ نَفْسِه ، صَحَّ ؛ لأنَّه وَكُلَّه في إِسْقاطِ حَقٌّ عن (١) نَفْسِه ، فهو كَتَوْكِيلِ العَبْدِ في إعْتاقِ نَفْسِه . وإن وَكُّلَه في إبْراء غُرَمائِه ، لم يكنْ له أن يُبْرِئُ نَفْسَه ، كما لو وَكُلَّه في حَبْسِ غُرَمائِه ، لم يَمْلِكْ حَبْسَ نَفْسِه ، وإن وَكَّلَه في خُصُومَتِهم ، لم يكنْ وَكِيلًا في خُصُومَةِ لنَفْسِه . ويَحْتَمِلُ أَن يَمْلِكَ إِبْراءَ نَفْسِه ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قبل . وإن وَكُلَ المَضْمُونَ عنه في إبْراءِ الضَّامِنِ ، فأَبْرَأُه ، صَحَّ ، ولم يَبْرَأُ المَضْمُونُ عنه . وإن وَكَّلَ الضَّامِنَ في إِبْراءِ المَضْمُونِ [١٣٥/٤ ط] عنه ، أو الكَفِيلَ في إِبْراء المَكْفُول عنه ، صَحَّ ، وبَرِئَ الوَكِيلُ ببراءَتِه ؛ لأنَّه فَرْعٌ عليه ، فإذا بَرِئَ الأَصْلَ بَرِئَ الفَرْعُ .

١٩٩٦ – مسألة : (والوَكالَةُ عَقْدٌ جائِزٌ مِن الطَّرَفَيْن ، لكلِّ واحِدٍ منهما فَسْخُها) متى شاء ؟ لأنَّه إذْنُّ في التَّصَرُّفِ ، فكان لكلِّ واحِدٍ منهما

الإنصاف

فائدة : لووَكَّلَ عَبْدَ غيرِه بإِذْنِ سيِّدِه في شِراءِ عَبْدِ غيرِه مِن سيِّدِه ، فهل يصِحُّ ؟ على [٢/ ١٤٩ و] رِوانِتَيْن . وأَطْلَقهما في ﴿ الفُّرُوعِ ۗ ﴾ ؛ إحْداهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . جزَم به في ﴿ الكَافِي ﴾ . قال في ﴿ الوَجيزِ ﴾ : ومَن وكَّلَ عَبْدَ غيرِه بإذِّن سيِّدِه ، صحَّ . وقدَّمه في « المُغْنِي » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يصِحُّ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ في (شَرْحِه) .

قوله : والوَكَالَةُ عَقْدٌ جائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ لكلِّ واحدٍ منهما فَسْخُها . بلا نِزاعٍ . فلو قال : وَكُلَّتُك ، وكُلَّما عزَلْتُك فقد وَكَّلْتُك . انْعَزَلَ بقَوْلِه : عزَلْتُك وكَّلَّما

⁽١) في م : ﴿ من ﴾ .

وَتَبْطُلُ بِالْمَوْتِ ، وَالْجُنُونِ ، وَالْحَجْرِ لِلسَّفَهِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ عَقْدٍ اللَّهَ عَالَمُ اللَّهُ عَلَمُ اللَّهُ مَاءِ ، حَائِزٍ ، كَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ . وَلَا تَبْطُلُ بِالسُّكْرِ ، وَالْإِغْمَاءِ ، وَالتَّعَدِّى .

إِبْطالُه ، كَالْإِذْنِ فِي أَكْلِ طَعامِه . فإن وَكَّلَ المُرْتَهِنَ فِي بَيْع ِ الرَّهْنِ ، ففيه الشر الكبير الخيلافُ ذَكَرْناه .

۱۹۹۷ – مسألة : (وتَبْطُلُ بالمَوْتِ ، والجُنُونِ ، والحَجْرِ للسَّفَهِ . وكذلك كلَّ عَقْدٍ جائِزٍ ، كالشَّرِكَةِ والمُضارَبَةِ . ولا تَبْطُلُ بالسُّكْرِ ، والإغماءِ ، والتَّعَدِّى) تَبْطُلُ الوَكالَةُ بِمَوْتِ المُوكِّلِ أو(١) بالسُّكْرِ ، والإغماءِ ، والتَّعَدِّى) تَبْطُلُ الوَكالَةُ بِمَوْتِ المُوكِّلِ أو(١) الوَكيلِ ، (وجُنُونِه المُطْبِقِ ٢) ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه ، إذا عُلِم الحالُ .

وَكُلْتُكُ فقد عزَلْتُكَ . وتُسَمَّى الوَكَالَةُ الدَّوْرِيَّةُ ؛ وهو فَسْخٌ مُعَلَّقٌ بشَرْطٍ . قالَه في الإنصاف (الفُروعِ » . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، صِحَّتُها . وجزَم به في « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » . قال في « التَّلْخيصِ » : قِياسُ المذهب ، صِحَّةُ الوَكَالَةِ الدَّوْرِيَّةِ ، بِناءً على أَنَّ الوَكَالَةَ قابِلَةٌ للتَّعْلِيقِ عندَنا ، وكذلك فَسْخُها . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لا تصِحُ ؛ لأنَّه يُؤدِّكُ إلى أَنْ تَصِيرَ العُقودُ الجَائِزَةُ لازِمَةً ، وذلك تَغْيِيرٌ لقاعِدةِ الشَّرْعِ ، وليس مَقْصودُ المُعَلِّقِ إيقاعَ الفَسْخِ ، وإنَّما قَصْدُه الامْتِناعُ مِنَ التَّوْكِيلِ ، وحَلَّه قبلَ وُقوعِه ، والعُقودُ لا تُفْسَخُ قبلَ انْعِقادِها . ذكرَه ابنُ رَجَبِ في « القاعِدةِ القَامِنةَ عَشَرة بعدَ المِائَةِ » .

قُولُهُ : وَتَبْطُلُ بِالْمَوْتِ وَالْجُنُونِ . تَبْطُلُ الوَكَالَةُ بِمَوْتِ الوَكِيلِ أَوِ الْمُوَكِّلِ ،

⁽١) في ر، ق، م: ﴿ و ٣ .

⁽٢ – ٢) فى م : « وجنون المطلق » .

الشرح الكبر وكذلك تَبْطُلُ بخُرُوجه عن أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، كالحَجْرِ عليه لسَفَه ٍ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ ، فلا يَمْلِكُه غيرُه مِن جهَتِه ، كالجُنُونِ والمَوْتِ . وكذلك كلُّ عَقْدٍ جائِزٍ ، كالشُّرِكَةِ والمُضارَبَةِ ، قِياسًا على الوَكالَةِ . قال أَحْمَدُ فِي الشُّرِكَةِ : إذا وُسْوِسَ أَحَدُهُمَا ، فَهُو مِثْلُ الْعَزْلِ .

فصل : فإن حُجِر على الوَكِيلِ لفَلَسٍ ، فالوَكالَةُ بحالِها ؛ لأنَّه لم يَخْرُجْ عن أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ. وإن حُجر على المُوَكِّل ، وكانتِ الوَكَالَةُ في أَعْيانِ مالِه ، بَطَلَتْ ؛ لانْقِطاعِ تَصَرُّفِه فيها(١) . وإن كانت في الخُصُومَةِ ، أو الشُّراءِ في الذُّمَّةِ ، أو الطُّلاقِ ، أو الخُلْعِ ، أو القِصاصِ ، لم تَبْطُلْ ؛ لأَنَّ المُوَكِّلَ أَهْلٌ لذلك . وإن فَسَق الوَكِيلُ لم يَنْعَزِلْ ؛ لأَنَّه مِن أَهْلِ (٢) التَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَن تكونَ الوَكَالَةُ فيما يُنافِيه الفِسْقُ ، كَالإِيجَابِ في عَقْدِ

الإنصاف بغيرِ خِلافٍ نعْلَمُه . لكِنْ لو وَكَّلَ وَلِيُّ اليَتيمِ وناظِرُ الوَقْفِ ، أو عقد عقدًا جائِزًا غيرَها ؛ كالشُّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، فإنَّها لاتَنْفَسِخُ بمَوْتِه ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ على غيره . قطَع به في « القاعِدَةِ الحادِيَةِ والسِّتِّين » . وتَبْطُلُ بالجُنونِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب ، وعليه أكثرُ الأصحاب . قال في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ : تَبْطُلُ بالجُنونِ المُطْبِقِ ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه . وجزَم به في « الهدايَةِ » ، و ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ، و ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ النَّظْمِ ﴾ ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروع ِ » وغيرِه . وقيل : لا تَبْطُلُ به . وأطْلَقهما في ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِيَيْسِن ﴾ ، و ﴿ الْفَائْقِ ﴾ . وقال في ﴿ الرِّعايةِ الكُبْرِي ﴾ : وفي جُنونِه ، وقيل : المُطْبِقِ .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) سقط من : الأصل .

المقنع

الشرح الكبير

النّكاحِ ، فإنّه يَنْعَزِلُ بفِسْقِ أَحَدِهما ؛ لخُرُوجِه عن أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ . وإن كان وَكِيلًا في القَبُولِ ، لم يَنْعَزِلْ بفِسْقِ مُوكِّلِه ؛ لأَنَّه لا يُنافِي جَوازَ (۱) قَبُولِه . وهل يَنْعَزِلُ بفِسْقِ نَفْسِه ؟ على وَجْهَيْن ؛ أَوْلاهما ، أَنَّه لا يَنْعَزِلُ ؛ لأَنَّه يَجُوزُ أَن يَقْبَلَ النِّكَاحَ لَنَفْسِه ، فجاز أَن يَقْبَلَه لغيرِه ، كالعبدل . وإن كان وَكِيلًا فيما يُشْتَرَطُ فيه الأمانَةُ ، كوكيل وَلِيِّ النِيهم ، ووليِّ الوَقْفِ على المَساكِين ، ونحو هذا ، انْعَزَلَ بفشقِه ، وفِسْقِ مُوكِّلِه ؛ لخُرُجِهما على المَساكِين ، ونحو هذا ، انْعَزَلَ بفشقِه ، وفِسْقِ مُوكِّلِه ؛ لخُرُجِهما بذلك عن أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّف . وإن كان وكيلًا لوكيل مَن يتَصَرَّف في مالِ بذلك عن أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّف . وإن كان وكيلًا لوكيل مَن يتَصَرَّف في مالِ نَفْسِه ، انْعَزَلَ بفشقِه ؛ لأنَّ الوكيل ليس له تَوْكِيلُ فاسِقِ ، ولا يَنْعَزِلُ بفِسْقِ مُوكِّلِه ؛ لأنَّ مُوكِّلَه وكِيلٌ لرَبِّ المال ، ولا يُنافِيه الفِسْقُ .

الإنصاف

وَجْهَان . وقال النَّاظِمُ :

وفِسْقٍ مُنافُ لِلْوَكَالَةِ مُبْطِلٌ كذا بجُنونٍ مُطْبِقٍ مُتَأَطِّدِ

قوله : وكذلك كلَّ عَقْدٍ جائِزٍ – يعنِي ، مِنَ الطَّرَفَيْن – كالشَّرِكَةِ والمضارَبَةِ . وكذا الجَعالَةُ ، والسَّبْقُ ، والزَّمْيُ ، ونحوُهما .

قوله: ولا تَبْطُلُ بِالسَّكْرِ والإِغْماءِ. أَمَّا السُّكْرُ ، فحيثُ قُلْنا: يَفْسُقُ به. فإنَّ الوَكَالَةَ تَبْطُلُ فيما يُنافِى الفِسْقَ ، كالإِيجابِ في عَقْدِ النِّكاحِ ونحوه ، وإلَّا فلا. وأمَّا الإِغْماءُ ، فلا تَبْطُلُ به ، قوْلًا واحدًا. قال في « الفُصولِ »: لا تَبْطُلُ في قِياسِ المُذهبِ . واقْتَصرَ عليه .

قوله : والتَعَدِّى . يعْنِي ، لاَتَبْطُلُ الوَكَالَةُ بالتَّعَدِّى ؛ كُلُبْسِ الثَّوْبِ ، ورُكُوبِ

⁽١) في الأصل : « قول » .

فصل: ولا تَبْطُلُ الوَكَالَةُ بِالنَّوْمِ ، والسُّكْرِ ، والإِغْماء ؛ لأنَّ ذلك لا يُخْرِجُه عن أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، ولا تَثْبُتُ عليه الوِلاَيَةُ ، إلَّا أَن يَحْصُلَ الفِسْقُ بِالسُّكْرِ ، فقد ذَكَرْناه مُفَصَّلا . ولا تَبْطُلُ بِالتَّعَدِّى فيما و كُلَ فيه ، الفِسْقُ بِالسُّكْرِ ، فقد ذَكَرْناه مُفَصَّلا . ولا تَبْطُلُ بِالتَّعَدِّى فيما و كُلَ فيه ، مثلَ لُبْسِ الثَّوْبِ ، [١٣٦/ و] وركوبِ الدّابَّةِ . وهذا أحَدُ الوَجْهيْن مثلَ لُبْسِ الثَّوْبِ ، والثانِى ، تَبْطُلُ بِذلك ، لأَنَّها عَقْدُ أَمَانَةٍ ، فَبَطَلَتْ بِالتَّعَدِّى ، كَالوَدِيعَةِ . ولنَا ، أَنَّه تَصَرُّفَ بِإِذْنِ مُوكِلِه ، فصَحَّ ، كَمَا لو لم باتَّعَدِّى ، كالودِيعَة مِن حيثُ إِنَّها أَمانَةٌ مُجَرَّدَةٌ ، فنافاها التَّعَدِّى باتِعْدَى والوكالَةُ إِذْنَ في التَّصَرُّفِ تَضَمَّنَتِ الأَمانَة ، فإذا انْتَفَتِ الأَمانَة ، والوكالَةُ إِذْنَ في التَّصَرُّفِ تَضَمَّنَتِ الأَمانَة ، فاإذا انْتَفَتِ الأَمانَة ، والوكالَةُ إِذْنَ في التَّصَرُّفِ تَضَمَّنَتِ الأَمانَة ، فاإذا انْتَفَتِ الأَمانَة ، والوكالَة إِذْنَ في التَّصَرُّفِ تَضَمَّنَتِ الأَمانَة ، في بَيْعِ فَوْبٍ فلَيسَه ، بالتَّعَدِّى ، بَقِى الإِذْنُ بِحَالِه . فعلى هذا ، لو وَكَلَه في بَيْعِ قَوْبٍ فلَيسَه ، بالتَّعَدِّى ، بَقِى الإِذْنُ بِحَالِه . فعلى هذا ، لو وَكَلَه في بَيْعِ قَوْبٍ فلَيسَه ، بالتَّعَدِّى ، بَقِى الإِذْنُ بَحَالِه . فعلى هذا ، لو وَكَلَه في بَيْعِ قَوْبٍ فلَيسَه ،

الإنصاف

الدَّابَّةِ ، ونحوهما . وهذا المذهبُ . جزَم به في « الهدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الكافِي » ، و « السُعْنِي » ، و « الكافِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « السَّعْنِي » ، و « الوَجيزِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « السَّعْنِي » ، و « الوَجيزِ » ، و الشَّرْحِ » ، و السَّعْدِي » ، و السَّعْدِي السَّعْدِي السَّعْدِي السَّعْدِي السَّعْدِي السَّعْدِي السَّعْدِي » . قال في « القاعِدَةِ الحَامِسَةِ والأَرْبَعِين » : والمَشهورُ ، أنها لاَنْنَفَسِخُ . قال في « الرِّعايةِ الصَّغْرِي » : تَفْسُدُ والأَرْبَعِين » : والمَشهورُ ، أنها لاَنْنَفَسِخُ . قال في « الرِّعايةِ الصَّغْرِي » : وَفَلْ فَنْ زَالَ فَي الأَصِحِ . انتهى . وذلك لأنَّ الوكالَة إذنَّ في التَّصَرُّفِ مع اسْتِعْمانِ ، فإنْ زالَ أحدُهما ، لم يَزُلِ الآخَرُ . وقيل : تَبْطُلُ الوكالَة به . حَكاه ابنُ عَقِيلٍ في « نظرِيَّاتِه » وعَيْرُه . وجزَم به القاضى في « خِلافِه » . وأطلقهما في « المُحرَّرِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْري » ، و « الفُروع ِ » ، و « الفائق ِ » ، و « الخاوي الصَّغِيرِ » . وقال في المُسْتَوْعِبِ » ، و مَن تابعَه : أطلق أبو الخَطَّابِ القَوْلَ أَنَّها لاَ تَبْطُلُ بتَعَدِّي الوَكيلِ « المُسْتَوْعِبِ » ، ومَن تابعَه : أطلق أبو الخَطَّابِ القَوْلَ أَنَّها لاَ تَبْطُلُ بتَعَدِّي الوَكيلِ « المُسْتَوْعِبِ » ، ومَن تابعَه : أطلَق أبو الخَطَّابِ القَوْلَ أَنَّها لاَ تَبْطُلُ بتَعَدِّي الوَكيلِ « المُسْتَوْعِبِ » ، ومَن تابعَه : أطلَق أبو الخَطَّابِ القَوْلَ أَنَّها لاَ تَبْطُلُ بتَعَدِّي الوَكيلِ « المُسْتَوْعِبِ » ، ومَن تابعَه : أطلَق أبو الخَطَّابِ القَوْلَ أَنَّها لاَ تَبْطُلُ بتَعَدِّى الوَرْبِي الْمُ الْمَنْ عَلَيْ الْمُ الْتَعْدِي » ومَن تابعَه : أطلَق أبو الخَطْلُ السَّوْلُ الْمُنْ اللهِ الْمُنْ الْمُ الْمَائِقِ الْمُ الْوَلَةُ الْمُ الْمُعْمِلُ الْمُعْلِي الْمُنْ الْمُنْ الْمُ الْمَائِقُ عَلَى الْمَدُولُ الْمُنْ الْمُلْوَلُولُ الْمُ الْمُنْ الْمُقْلِلُ الْمُنْ الْمُنْ الْمُنْ الْمُ الْمُ الْمُنْ الْمُ الْمُعْلِي الْمُلْمُ الْمُ الْمُنْ الْمُ الْمُنْ الْمُنْ الْمُعْمِ الْمُنْ الْمُعْلِي الْمُنْ الْمُلْمُ الْمُنْ الْمُنْ الْمُنْ الْمُنْ

صار ضامِنًا . فإذا باعَه ، صَعَّ بَيْعُه ، وبَرئَ مِن ضَمانِه ؛ لدُخُولِه في مِلْكِ الشرح الكبر المُشْتَرى وضَمانِه . فإذا قَبَضَ الثَّمَنَ ، كان أمانَةً في يَدِه غيرَ مَضْمُونٍ عليه ؛ لأنَّه قَبَضَه بإذْنِ المُوَكِّل و لم يَتَعدَّ فيه . ولو دَفَع إليه مالًا ، ووَكُّلَه أَن يَشْتَرى به شيئًا فتَعَدَّى في الثَّمَن ، صار ضامِنًا له (١) ، وإذا اشْتَرَى به وسَلَّمَه زالَ الضَّمانُ ، وقَبْضُه للمبيع قَبْضُ أمانَةٍ . وإن ظَهَر بالمبيع عَيْبٌ فَرُدَّ عليه ، أو وَجَد هو بما اشْتَراه عَيْبًا فرَدَّه وقَبَض النَّمَنَ ، كان مَضْمُونًا عليه ؛ لأنَّ العَقْدَ المُزيلَ للضَّمانِ زال ، فعاد ما زال به .

فيما وكِّلَ فيه . وهذا فيه تَفْصِيلٌ . ومُلَخَّصُه ، أنَّه إِنْ أَتْلَفَ بِتَعَدِّيهِ عَيْنَ^(٢) ما وُكِّلَ الإنصاف فيه ، بطَلت الوَكالَةُ ، وإنْ كانتْ عَيْنُ (٢) ما تعَدَّى فيه باقيَةً ، لم تَبْطُلْ . وهو ظاهِرُ كلامِه في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ﴾ ، وغيرِهما ، وهو مُرادُ أَبِي الخَطَّابِ وغيرِه . وقال في « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والأَرْبَعِين » : وظاهرُ كلام كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، أنَّ المُخالَفَةَ مِنَ الوَكِيلِ تَقْتَضِي فَسادَ الوَكالَةِ ، لا بُطْلانَها ، فيَفْسُدُ العَقْدُ ، ويَصيرُ مُتَصَرِّفًا بمُجَرَّدِ الإِذْنِ . فعلى المذهب ، لو تعَدَّى زالَتِ الوَكالَةُ ، وصارَ ضامِنًا ، فإذا تصَرُّفَ كَما قال مُوكِّلُه ، بَرئ بقَبْضِه العِوَضَ ، فإنْ رُدَّ عليه بعَيْبِ ، عادَ الضَّمانُ . قال في ﴿ القواعِدِ ﴾: وعلى المَشْهورِ ؛ إنَّما يَضْمَنُ ما فيه التَّعَدِّي حاصَّةً ، حتى لو باعَه وقبَض ثُمَنَه ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه لم يَتَعدَّ في عَيْنِه . ذكَرَه في « التَّلْخيصِ » ، و « المُعْنِي » ، و « الشَّرْح ِ » . ولا يزُولُ الضَّمانُ عن عَيْن (١٠) ما وقَع فيه التَّعَدِّي بحالٍ ، إلَّا على طَرِيقَةِ ابنِ الزَّاغُونِيِّ في الوَدِيعَةِ .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في الأصل ، ط: (غير) .

وَجْهَنْ) يَصِحُّ تَوْكِيلُ المُسْلِمِ كَافِرًا فِيما يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، سَواءٌ كَانَ فَجْهَنْ) يَصِحُّ تَوْكِيلُ المُسْلِمِ كَافِرًا فيما يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، سَواءٌ كَانَ فَرَمِّيًّا ، أَو مُسْتَأْمَنًا ، أَو حَرْبِيًّا ، أَو مُرْتَدًّا ؛ لأَنَّ العَدالَةَ لا تُشْتَرطُ في صِحَّةِ الوَكَالَةِ ، فكذلك الدِّينُ ، كالبَيْعِ . فإن وَكَّلَ مُسْلِمًا فارْتَدَ ، لم تَبْطُلْ وكَالَتُه ، في أَحَدِ الوَجْهَيْن ، سَواءٌ لَحِق بدارِ الحَرْبِ أَو أقام . وقال أبو حنيفة : تَبْطُلُ إذا لَحِق بدارِ الحَرْبِ ؛ لأَنَّه صار منهم . ولَنا ، أَنَّه يَصِحُّ تَصَرُّفُه لنَفْسِه ، فلم تَبْطُلْ وَكَالَتُه ، كما لو لم يَلْحَقْ بدارِ الحَرْبِ ، ولأَنْ المُرْتَةُ لا تَمْنَعُ البَداءَ الوَكَالَةِ ، فلا تَمْنَعُ اسْتِدامَتَها ، كسائِر الكَفْرِ . وفيه الرِّدَّةَ لا تَمْنَعُ ابتداءَ الوَكَالَةِ ، فلا تَمْنَعُ اسْتِدامَتَها ، كسائِر الكُفْرِ . وفيه الرِّدَّةَ لا تَمْنَعُ ابتداءَ الوَكَالَةِ ، فلا تَمْنَعُ اسْتِدامَتَها ، كسائِر الكُفْرِ . وفيه وَجُهٌ آخَرُ ، أَنَّها تَبْطُلُ بالرِّدَّةِ إذا قُلْنا : إن المُرْتَدَ تَزُولُ أَمْلاكُه و تَبْطُلُ

الإنصاف

قوله: وهل تَبْطُلُ بالرِّدَّةِ ، وحُرِّيةِ عَبْدِه ؟ على وَجْهَيْن . أَطْلَقَ المُصَنِّفُ في بُطْلانِ الوَكَالَةِ بالرِّدَّةِ وَجْهَيْن ، وأَطْلَقهما في « الهِدايةِ » ، و « المُدْهَبِ » ، و « الخوييْسن » ، و « الخوييْسن » ، و « الخوييْسن » ، و « الخاتصةِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتيْن » ، و « الخاوييْسن » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، لا تَبْطُلُ . وهو المذهبُ . صحّحه في [٢/ ١٤٤٩] « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّصْحيحِ » . وجزَم به في « الكافِي » ، و « الوَجيزِ » . والوَجْهُ النَّاني ، تَبْطُلُ . وقيل : تَبْطُلُ برِدَّةِ المُوكِلِ دُونَ الوَكِيلِ ، وإنْ لَحِقَ بدارِ دُونَ الوَكِيلِ ، وإنْ لَحِقَ بدارِ ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُه ، أو يكونُ مَوْقُوفًا ؟ على وَجْهَيْن ؛ أَصْلُهما ، هل يزُولُ مِلْكُه ، ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُه ، أو يكونُ مَوْقُوفًا ؟ على ما يأتِي في الرِّدَّةِ . قال في « الفائِدةِ السَّادِسَة ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُه ، أو يكونُ مَوْقُوفًا ؟ على ما يأتِي في الرِّدَّةِ . قال في « الفائِدةِ السَّادِسَة عَشْرَة » : إنْ قُلْنا : يزُولُ مِلْكُه . بطَلَتْ وَكَالتُه . وأَطْلَقَ المُصَنِّفُ أَيضًا في بُطْلانِ عَشَرَةَ » : إنْ قُلْنا : يزُولُ مِلْكُه . بطَلَتْ وَكَالتُه . وأَطْلَقَ المُصَنِّفُ أَيضًا في بُطْلانِ الوَكَالَة بحُرِيَّةِ عَبْدِه وَجْهَيْن ، وأَطْلَقهما في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

تَصَرُّفاتُه . والوَكالةُ تَصَرُّف . وإنِ ارتَدَّ المُوكِلُ ، لم تَبْطُلِ الوَكالَةُ فيما له التَّصَرُّف فيه ، فأمّا الوَكِيلُ في مالِه فيَنْبَنِي على تَصَرُّفِه نَفْسِه ، فإن قلنا : يَصِحُّ تَصرُّفه . لم يَبْطُلْ تَوْكِيلُه . وإن قُلْنا : هو مَوْقُوف . فوكالتُه مَوْقُوفة . يَصِحُّ تَصرُّفه . لم يَبْطُلُ تَصرُّفه . بَطَل تَوْكِيلُه . وإن وكَّلَ في حالِ رِدَّتِه ، ففيه الوُجُوهُ الثلاثة .

فصل: وإن وَكَلَ عَبْدَه ، ثم أَعْتَقَه أو باعَه ، لم يَنْعَزِلْ ؛ لأَنَّ زَوالَ مِلْكِه لا يَمْنَعُ الْبَيْداءَ الوَكَالَةِ ، فلا يَقْطَعُ الْسَيْدامَتَها . وفيه وَجْهُ آخَرُ ، أَنَّها تَبْطُلُ ؛ لأَنَّ تَوْكِيلَ عَبْدِه ليس بتَوكِيلِ في الحَقِيقَةِ ، إِنَّما هو الْسَيْخُدامُ بحَقِّ الْمِلْكِ ، فَيَبْطُلُ بزوالِ المِلْكِ [١٣٦/٤ ط] وهكذا الوَجْهَانِ فيما إذا وَكَلَ عَبْدَ غيرِه ثم باعَه السَّيِّدُ . والصَّحِيحُ الأوّلُ ؛ لأن سَيِّدَ العَبْدِ أَذِنَ له في بَيْعِ مِالِه ، والعِثْقُ لا يُبْطِلُ الإِذْنَ ، وكذلك البَيْعُ ، إلَّا أَنَّ المُشْتَرِى إن رَضِي مالِه ، والعَثْقَه الوَكَالَة وإلَّا بَطَلَتْ . فإن وَكَلَ عَبْدَ غيرِه فأَعْتَقَه ، فقال بيقائِه على الوَكَالَة وإلَّا بَطَلَتْ . فإن وَكَلَ عَبْدَ غيرِه فأَعْتَقَه ، فقال شيخُنا (') : لا تَبْطُلُ الوَكَالَةُ وَجْهًا واحِدًا ؛ لأَنَّ هذا تَوكِيلٌ حَقِيقَةً ،

الإنصاف

و (المُسْتَوْعِبِ) ، و (الهادِی) ، و (النَّظْمِ) ، و (الفُسروعِ) ، و (الفُسروعِ) ، و (الرَّعايةِ الصُّغْری) ، و (الحاوِيَيْن) ، و (شَرْحِ ابنِ مُنجَّی) ؛ أحدُهما ، لا تَبْطُلُ . وهو المذهبُ . صحَّحه فی (المُغْنِی) ، و (الشَّرْحِ) ، و (التَّصْحيحِ) . وجزَم به فی (الوَجيزِ) . وقدَّمه فی (الفائقِ) ، و (شَرْحِ ابنِ رَزِينِ) . وقيل : تَبْطُلُ . قدَّمه فی (الرِّعايَةِ الكُبْری) .

⁽١) في : المغنى ٢٣٧/٧ .

المقنع

الشرح الكبير والعِتْقُ غيرُ مُنافٍ له(١) . وإنِ اشْتَرَاهُ المُوَكِّلُ منه ، لم تَبْطُلْ ؛ لأنَّ مِلْكَه إيَّاه لا ينافِي إِذْنَه له في البَيْع ِ والشِّراء . وإن وَكَّلَ امْرَأْتُه ، ثم طَلَّقَها ، لم تَبْطُل الوَكالةُ ؛ لأنَّ^(١) زوالَ النِّكاحِ ِ لا يَمْنَعُ ابْتِداءَ الوَكالَةِ ، فلم يَمْنَع ِ استدامَتها .

فصل : وإن تَلِفَتِ العَيْنُ التي وَكُّلَ في التَّصرُّفِ فيها ، بَطَلَتِ الوَكَالَةُ ؟ لأن مَحَلُّها ذَهَب ، فذَهَبَتِ الوَكالَةُ ، كما لو وَكَّلَه في بَيْع ِ عَبْدٍ فمات . و(١) لو دَفَع إليه دِينارًا ، ووَكَّلَه في الشِّراء ("به فهَلَكَ الدِّينارُ أو ضاع ، أو تَصَرُّفَ فيه الوَكِيلُ ، بَطَلَتِ الوَكَالَةُ ، سَواءٌ وَكُلَه في الشِّراءِ" بعَيْنِه أو مُطْلَقًا ؛ لأنَّه إن وَكَّلَه في الشِّراءِ بعَيْنِه ، فقد اسْتَحالَ الشِّراءُ به بعدَ تَلَفِه ،

الإنصاف

فائدة : وكذا الحُكْمُ لو باعَ عَبْدَه . قال في « الرِّعايةِ الكُبْرِي » : قلت : أو وهَبَه ، أو كاتَبَه . انتهى . وكذا لو وَكَّلَ عَبْدَ غيره ، فباعَه الغَيْرُ . وأمَّا إذا وَكُّلَ عَبْدَ غيرِه ، فأعْتَقَه ذلك الغيرُ ، لم تَبْطُلِ الوَكَالَةُ . جزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْح ِ » ، و « شَرْح ِ ابنِ رَزِين ٍ » ، و « الفُروع ِ » ، وغيرِهم .

فوائله ؛ منها ، لو وَكَّلَ امْرأَتُه ، ثم طَلَّقَها ، لم تَبْطُل الوَكالَةُ . ومنها ، لو جحد أحدُهما الوَكالَةَ ، فهل تَبْطُلُ ؟ فيه وَجْهان . وأَطْلَقهما في « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُــروع ِ » ، و « الفائـــق » ، و ﴿ النَّظْمِ ﴾ ؟ أحدُهما ، تَبْطُلُ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ في ﴿ تَذْكِرَتِه ﴾ ، فيما إذا

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) في م: « وكذا ».

⁽٣ - ٣) سقط من : م .

فَبَطَلَتِ الْوَكَالَةُ ، وإن وَكَّلَه في الشِّراء مُطْلَقًا . ونَقَد الدِّينارَ ، بَطَلَتْ أيضًا ؟ الشرح الكبير لْأَنُّه إِنَّما وَكَّلَه في الشِّراء به ، ومَعْناه أن يَنْقُدَه ثَمَنَ ذلك المَبيع ِ ، إمَّا قبلَ الشِّراءأو بعدَه ، وقد تَعَذَّرَ ذلك بتَلَفِه ، ولأنَّه لو صَحَّ شِراؤُه ، للَزِمَ المُوَكِّلَ ثُمَنَّ لَم يَلْتَزِمْه ، ولا رَضِيَ بِلُزُومِه . وإنِ اسْتَقْرضَه الوَكِيلُ ، وعَزَل دِينارًا عِوَضَه واشْتَرَى به ، فهو كالشِّراءِ له مِن غيرِ إِذْنٍ ؛ لأنَّ الوَكَالَةَ بَطَلَتْ ، والدِّينارُ الذي عَزَلَه عِوَضًا لا يَصِيرُ للمُوَكِّل حتى يَقْبضَه ، فإذا اشْتَرَى للمُوَكِّل به شيئًا ، وَقَف على إجازَةِ المُوكِّل ، فإن أجازَه ، صَحَّ ، ولَز مَه الثَّمَنُ ، وإِلَّا لَزِمِ الوَكِيلَ . وعنه ، يَلْزَمُ الوَكِيلَ بكلِّ حالٍ . وقال القاضي : متى اشْتَرَى بعَيْنِ مالِه شيئًا لغيرِه بغيرِ إذْنِه ، فالشِّراءُ باطِلُّ ؛ لأَنَّه(١) لا يَصِحُّ أَن يَشْتَرِي بَعَيْنِ مالِه ما يَمْلِكُه غيرُه . وقال أصحابُ الشافعيِّ : متى اشْتَرَى بعَيْنِ مالِه شيئًا لغيرِه ، صَحَّ الشِّراءُ للوَكِيل ؛ لأنَّه اشْتَرَى له ما لم يُؤْذَنُ له فيه ، أَشْبَهَ ما لو اشْتَراهُ في الذِّمَّةِ .

> فصل: نَقَل الأَثْرَمُ عن أحمدَ ، في رجل كان له على آخَرَ دَراهِمُ ، فقال له : إذا أَمْكَنَكَ قَضاؤُها فادْفَعْها إلى فُلانٍ . وغاب صاحِبُ الحَقِّ ، و لم

جُحِدَ التَّوْكِيلُ . والوَجْهُ الثَّاني ، لا تَبْطُلُ . جزَم به في « الوَجيزِ » . وقيل : تَبْطُلُ الإنصاف إِنْ تَعَمَّدَ ، وإِلَّا فلا . ومنها ، لا تَبْطُلُ الوَكالَةُ بالإِباقِرِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . جزَم به في « الوَجيزِ » ، وقيل: تَبْطُلُ (١٠). وتقدُّم نَظِيرُها في أَحْكام العَبْدِ ، في الباب

⁽١) سقط من: الأصل

⁽٢) في الأصل ، ط: ﴿ لا تبطل ﴾ .

الشرح الكبير يُوص إلى هذا الذي أُذِنَ له في القَبْض ، لكنْ جَعَلَه وَكِيلًا ، وتَمَكَّنَ مَن عليه الدَّيْنُ مِن القَضاءِ ، فخاف إن دَفَعَها إلى الوَكِيل أن يكونَ المُوَكِّلُ قد مات ، ويَخافُ التَّبعَةَ مِن الوَرَثةِ ، فقال : لا يُعْجبُنِي أَن يَدْفَعَ إليه ، لَعَلُّه قد مات ، لكنْ يَجْمَعُ بينَ الوَكِيل والوَرَثَةِ ، ويَبْرَأُ إليهما مِن ذلك . هذا ذَكَره أحمدُ على طَرِيقِ النَّظَرِ للغَرِيمِ ، خَوْفًا مِن التَّبِعَةِ [١٣٧/٤ و] مِن الوَرَثَة إِن كَان مَوْرُوثُهم قد مات فانْعَزَلَ وَكِيلُه وصار الحَقُّ لهم ، فَيرْجعُون على الدَّافِع إلى الوَكِيلِ. فأمَّا مِن طَريقِ الحُكْمِ ، فللوَكِيلِ المطالَبَةُ ، وللآخَرِ الدُّفْعُ إليه ، فإنَّ أحمدَ قد نَصَّ في رِوايةِ حَرْبِ : إذا وَكُّلَه ﴿ افِي الحَدِّ\) وغاب ، اسْتَوفاه الوَكِيلُ . وهو أَبْلَغُ مِن هذا ؛ لكَوْنِه يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ،لكنَّ هذا احْتِياطٌ حَسَنٌ ،وتَبْرِئَةٌ للغَرِيمِ ظاهِرًا وباطنًا ،وإزالَةُ التَّبِعَةِ عنه . وفي هذه الرِّوايَةِ دَلِيلٌ على أنَّ الوَكِيلَ انْعَزَلَ بمَوْتِ المُوَكِّلِ وإن لم يَعْلَمْ بمَوْتِه ؛ لأنه اخْتارَ أن لا يَدْفَعَ إلى الوَكِيلِ خَوْفًا مِن أن يكونَ المُوَكِّلُ قد مات فانْتَقَلَ إلى الوَرَثَةِ . ويَجُوزُ أن يكونَ اخْتارَ هذا لئلًّا يكونَ القاضى ممَّن يَرَى أنَّ الوَكِيلَ يَنْعَزِلُ بالمَوْتِ ، فيَحْكُمُ عليه بالغرامةِ ، وفيها

الذي قبلَه . ومنها ، لو وَكُّله في طَلاقِ زَوْجَتِه ، فَوَطِئهَا ، بطَلَتِ الوَكالَةُ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب والرُّوايتَيْن . وعنه ، لا تَبْطُلُ . فعلى المذهب ، في بُطْلانِها بقُبْلَةٍ ، ونحوِها خِلافٌ ؛ بِناءً على الخِلافِ في حُصُولِ الرَّجْعَةِ به ، على ما يأتِي في بابِه ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . ومنها ، لو وَكَّله في عِنْق عَبْدٍ ، فكاتَبه أو دَبَّرَه ، بطَلَتِ الوَكَالَةُ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب . ويَحْتَمِلُ صِحَّةُ عِثْقِه .

⁽۱ - ۱) سقط من : م .

وَهَلْ يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِالْمَوْتِ وَالْعَزْلِ قَبْلَ عِلْمِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

دَلِيلٌ على جَوازِ تَراخِي القَبُولِ عن الإِيجابِ ؛ لأنَّه وَكَّلَه في قَبْضِ الحَقِّ و لم يَعْلَمْه ، و لم يكنْ حاضِرًا فيَقْبَلَ . وفيها دَلِيلٌ على صِحَّةِ التَّوكيل (١) بغير لَفْظِ التَّوكيل . وقد نَقَل جَعْفُرُ بنُ محمدٍ ، في رَجلِ قال لرجلِ : بِعْ ثَوْبِي . ليس بشيءٍ حتى يقولَ : قد وَكَّلْتُكَ . وهذا سَهْوٌ مِن النَّاقِلِ . وقد تَقَدَّمَ ذِكْرُ الدَّلِيلِ على جَوازِ التَّوْكيلِ بغيرِ لفظِه'٢)،وهو الذي نَقَلُه الحمَاعَةُ.

> ١٩٩٩ – مسألة : ﴿ وَهُلْ يَنْعُزِلُ الْوَكِيلُ بِالْمَوْتِ وَالْعَزْلِ قَبْلَ عِلْمِه ؟ على روايَتَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الوَكالَةَ عَقْدٌ جائِزٌ مِن الطَّرَفَيْنِ ، وقد ذَكَرْناذلك ، فللمُوَكِّل عَزْلُ وَكِيلِه متى شاء ، وللوَكِيل عَزْلُ نَفْسِه ("وقد ذَكَرْنَاه") . وتَبْطُلُ بموتِ أَحَدِهما ، وجُنُونِه المُطْبِقِ . ولا خِلافَ نَعْلَمُه فى ذلك مع العِلْمِ بالحالِ . فمتى تَصَرُّفَ بعدَ فَسْخِ المُوَكُلِ .أو

قوله : وهل يَنْعَزِلُ الوَكِيلُ بالمَوْتِ والعَزْلِ قبلَ عِلْمِه ؟ على رِوايتَيْن . الإنصاف وأطّلَقهما في «الهِدايةِ»، و «المُسْتَوْعِبِ»، و «المُغْنِسي»، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و ﴿ الفَروعِ ﴾ ، و ﴿ الفائقِ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ المَجْدِ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ المُحَرَّرِ ﴾ ؟ إحْداهما ، يَنْعَزِلُ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . قال في

⁽١) في الأصل : « التوكل » .

⁽٢) انظر ما تقدم في صفحة ٤٣٦ ، ٤٣٧ .

⁽٣ - ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير مَوْتِه ، فهو باطِلّ إذا عَلِمَ ذلك . وإن لم يَعْلَمْ بالعَزْل ، ولا بمَوْتِ المُوَكِّل ، ففيه ِروايَتان . وللشافِعيِّ فيه قَوْلان ؛ أَحَدُهما ، يَنْعزلُ . وهو ظاهِرُ كَلام الخِرَقِيِّ . فعلى هذا ، متى تَصَرُّفَ فبان أنَّ تَصَرُّفَه بعدَ عَزْلِه أو مَوْتِ مُوَكِّلِه ، فتَصَرُّفُه باطِلٌ ؛ لأنَّه رَفْعُ عَقْدٍ لا يَفْتَقِرُ إلى رِضا صاحِبه ، فصَحَّ بغير عِلْمِه ، كالطَّلاقِ والعَتاقِ . والثانيةُ ، لا يَنْعَزِلُ قبلَ عِلْمِه . نَصَّ عليه أَحْمَدُ فِي رُوايَةٍ جَعْفُرِ بن محمَّدٍ ؛ لِمَا في ذلك مِن(') الضَّرَر ؛ لأنَّه قد يتَصَرُّفَ تَصَرُّفاتٍ(١) فَتَقَعُ باطِلةً ، ورُبَّما باع الجاريةَ فيطَوُّها المُشْتَرى ، أو الطُّعامَ فيَأْكُلُه ، أو غيرَ ذلك ، فيتَصَرَّفُ فيه المُشْتَرى ، ويَجبُ ضَمانُه ، فيتَضَرَّرُ المُشْتَرِى والوَكِيلُ . "ولأنَّه" يتَصَرَّفُ بأمْر المُوَكِّلِ ، فلا يَثْبُتُ حُكْمُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ المأْمُورِ قبلَ عِلْمِه ، كالفَسْخِ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، متى تَصَرُّفَ قبلَ العِلْمِ ، صَحُّ تَصَرُّفُه . وهذا قولُ

الإنصاف « المُذْهَب » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَب » : انْعَزَلَ في أَصحِّ الرِّوايتَيْن . وصحَّحه في « الخُلاصَةِ » . واختارَه أبو الخَطَّابِ ، والشّريفُ ، وابنُ عَقِيلٍ . قال في « الفُروع ِ » : اختارَه الأكثرُ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : هذا أَشْهَرُ . قال القاضي : هذا أَشْبَهُ بِأُصُولُ المُذْهِبِ ، وقِياسٌ لقَوْلِنا : إذا كان الخِيارُ لهما ، كان لأَحَدِهما الفَسْخُ مِن غيرِ حُضُورِ الآخُرِ . وجزَم به في ﴿ الوَجيزِ ﴾ ، و ﴿ المُنَوِّرِ ﴾ ، و ﴿ نِهايةِ ابنِ رَزِينٍ ﴾ ، وغيرِهم . والرِّوايةُ النَّانيةُ ، لا يَنْعَزِلُ . نصَّ عليها ، في رِوايَةِ ابن ِ

⁽١) سقط من: الأصل.

⁽٢) بعده في الأصل: (كثيرة) .

⁽٣ - ٣) في م: (لأنه) .

أبى حنيفة . ورُوِى عن أبى حنيفة أنَّ [١٣٧/٤ ط] الوَكِيلَ إِن عَزَل نَفْسَه ، لَم يَنْعَزِلْ إِلَّا بِحَضْرَةِ المُوكِّلِ ؛ لأَنَّه مُتَصَرِّفٌ بأَمْرِ المُوكِّلِ ، فلا يَصِحُّ رَدُّ أَمْرِه بغيرِ حَضْرَتِه ، كَالمُودَع في رَدِّ الوَدِيعَة . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ما ذَكَرْناه . فأما الفَسْخُ ففيه وَجْهان كالرِّوايَتَيْن . ويُمْكِنُ الفَرْقُ بينَهما بأنَّ أَمْرَ الشَّارِع ِ يَتَضَمَّنُ المَعْصِيةَ بَتَرْكِه ، ولا يكونُ عاصِيًا مع عَدَم العِلم ، وهذا يَتَضَمَّنُ العَزْلُ عنه إِبْطالَ التَّصَرُّف ، فلا يَمْنَعُ منه عَدَمُ العِلْم .

الإنصاف

مَنْصُور ، وجَعْفَر بن محمد ، وأبي الحارث . وصحَّحه في « النَّظْم » . وقدَّمه في « الرُّعاية الصُّغْرى » ، و « الحاوِيْن » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقيل : يَنْعَزِلُ بالمَوْتِ لا بالعَزْلِ . ذكرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال القاضى : محَلُّ الرِّوايتَيْن فيما إذا كان المُوكَّلُ فيه باقِيًا في مِلْكِ المُوكِّلِ ، أمَّا إنْ أَخْرَجَه مِن مِلْكِه بعِثْقِ أو بئي م انْفَسَخَتِ الوَكلَلُ بَعْنَ المُوكِّلِ ، أمَّا إنْ أَخْرَجَه مِن المُوكِّلِ ، بعثْقِ أو بأنَّ الوكيلَ لا يَنْعَزِلُ على روايَة ، وبينَ (١) إخراج المُوكَّلِ فيه مِن المُوكِّل بعِثْقِ بأنَّ الوكيلَ لا يَنْعَزِلُ على روايَة ، وبينَ (١) إخراج المُوكَّل فيه مِن المُوكِّل بعِثْقِ أو بئي ، بأنَّه يَنْعَزِلُ جَزْمًا ، بأنَّ المِلْكَ في العِثْق والبَيْع قد زالَ ، وفي مَوْتِ المُوكِّل ، السَّلْعَةُ باقِيَة على حُكْم مِلْكِه . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وفيه نَظَرٌ ، المُوكِّل المُوكِّل المُوكِّل الاَثْقِل ، والعِثْقِ ، فإنَّ هذا يُمْكِنُ المُوكِّل الاَحْتِرازُ منه ، فإنَّ هذا يُمْكِنُ المُوكِّل الاَحْتِرازُ المُوكِّل الله فيه .

فوائد ؛ منها ، يَنْبَنِي على الخِلافِ ، تَضْمِينُه وعدَمُه ؛ فإنْ قُلْنا : يَنْعَزِلُ . ضَمِنَ ، وإلّا فلا . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لا يَضْمَنُ مُطْلَقًا . قلتُ : وهو

⁽١) في الأصل ، ط : «وهي » .

فصل : وإذا وقَعَتِ الوَكَالَةُ مُطْلَقَةً ، مَلَك التَّصَرُّ فَ أَبدًا ، ما لم يَفْسَخ الوَكَالَةَ ، ويَحْصُلُ بِقَوْلِه : فَسَخْتُ الوَكَالَةَ . أو : أَبْطَلْتُها . أو : نَقَضْتُها . أو : أَزَلْتُك . أو : صَرَفْتُكَ . أو : عَزَلْتُكَ عنها . أو يَنْهاه عن فِعل ما أمَرَه به ، وما أَشْبَهَ ذلك مِن الأَلفاظِ المُقْتَضِيةِ عَزْلَه ، والمُؤَدِّيةِ مَعْناه ، أو يَعْزِلُ الوَكِيلُ نَفْسَه ، أو يُوجَدُ ما يَقْتَضِي فَسْخَها حُكمًا ، على ما ذَكَرْنا ، أو يُوجَدُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ عَنِ الوَكَالَةِ . فإذا وَكَّلَه في طَلاقِ امْرَأَتِه ثم وَطِئُها ، انْفُسخَتِ الوَكَالَةُ ؛ لأنَّ ذلك يَدُلُّ على رَغْبَتِه فيها واخْتِيار إمْساكِها ، وكذلك لو وَطِيَّ الرَّجْعِيَّةَ كان ارْتِجاعًا لها ، فإذا اقْتَضَى رَجِعَتَها بعدَ طَلاقِها ، فلأن يَقْتَضِيَ اسْتِبْقاءَها على نِكَاحِه(١) ومَنْعَ (اطَلاقِه أُوْلَى ٢٠ . وإن باشَرَها دُونَ الفَرْجِ ، أو فَعَل ما يَحْرُمُ على غيرِ الزُّوْجِ ،

الإنصاف الصُّوابُ ؛ لأنَّه لم يُفَرِّطْ . ومنها ، جعَل القاضي ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ ، وجماعة ، محَلُّ الخِلافِ في نَفْسِ انْفِساخِ عَقْدِ الوَّكَالَةِ قِبلَ العِلْمِ . وجعَل المَجْدُ ، والنَّاظِمُ ، وجماعةٌ ، محَلُّ الخِلافِ فى نُفوذِ التَّصَرُّفِ ، لا فى نَفْسِ الانْفِساخِ . وهو مُقْتَضَى كلام الخِرَقِيِّ . قال الزُّرْكَشِيُّ : وهذا أَوْفَقُ للنُّصوص . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : والخِلافُ لَفْظِيٌّ . [٢/ ٥٠٠و] ومنها ، لا يَنْعَزِلُ مُودَعٌ قبلَ عِلْمِه . على الصَّحيح مِنَ المذهب ، خِلافًا لأبي الخَطَّاب ، فما بيَدِه أمانَةٌ . وقال : مِثْلُه المُضارِبُ. ومنها ، لو قال شَخْصٌ لآخر : اشْتَر كذا بيْنَنا . فقال : نعَمْ . ثم قال لآخَرَ : نعم . فقد عزَل نَفْسَه مِن وَكَالَةِ الأَوُّلِ ، ويكونُ ذلك له وللثَّانِي . ومنها ، عُقودُ المُشارَكاتِ ؛ كالشَّرِكَةِ والمُضارَبَةِ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها تَنْفَسِخُ

⁽١) في م : (نكاحها) .

⁽٢ - ٢) في م : و طلاقها ۽ .

حُصُول الرَّجْعَةِ به . وإن وَكَّلَه في بَيْع ِ عَبْدٍ ثم كاتَبَه أو دَبَّرَه ، انْفَسَختِ الوَكَالَةُ ؟ لأَنَّه على إحْدَى الرِّوايَتَيْن ، لا يَبْقَى مَحَدَّلا للبَيْعِ ، وعلى الرِّوايةِ الْأُخْرَى ، تَصَرُّفُه فيه بذلك يَدُلُّ على أَنَّه قَصَد الرُّجُوعَ عن بَيْعِه . وإن باعَه بَيْعًا فاسِدًا لم تَبْطُلِ الوَكالَةُ ؛ لأنَّ مِلْكَه في العَبْدِ لم يَزُلْ . ذَكَرَه ابنُ المُنْذِر .

• • • ٢ - مسألة : ﴿ وَإِذَا وَكُلُّ اثْنَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لأَحَدِهُمَا الأَنْفِرَادُ

قبلَ العِلْمِ ، كالوَكالَةِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : الأَلْيَقُ بِمَذْهَبِنا فِ المُضارَبَةِ ، والشُّرِكَةِ ، الإنصاف لا تَنْفَسِخُ بفَسْخِ المُضَارِبِ ، حتى يعْلَمَ رَبُّ المالِ والشُّرِيكُ ؛ لأنَّه ذَرِيعَةٌ إلى عامَّةِ الأَضْرارِ ، وهو تَعْطِيلُ المالِ عنِ الفَوائدِ والأَرْباحِ .

> فائدة : لو عُزِلَ الوَكِيلُ ، كان ما في يَدِه أمانَةً . وكذلك عُقُودُ الأَماناتِ كلُّها ؟ كالوَدِيعَةِ ، والشُّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، والرَّهْنِ ، إذا انْتَهَتْ أو انْفَسَخَتْ ، والهِبَةِ إذا رَجَع فيها الأُبُ . وهو المذهبُ . صرَّح به القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ في الرَّهْنِ . وصرَّح به القاضي ، وأبو الخَطَّاب ، في « خِلافَيهما »^(١) ، في بَقِيَّةِ العُقودِ ، وأنَّها تُبْقَى أَمَانَةً . وقيل : تَبْقَى مَضْمُونَةً إِنْ لم يُبادِرْ بالدُّفْعِ إِلَى المَالِكِ ، كَمَن أطارَتِ الرِّيحُ إلى دارِه ثَوْبًا . وصرَّح به القاضي في مَوضِع مِن ﴿ خِلافِه ﴾ ، في الوَّدِيعَةِ والوَكالَةِ . وكلامُ القاضي ، وابن عَقِيل يُشْعِرُ بالفَرْقِ بينَ الوَدِيعَةِ والرَّهْن ، فلا يَضْمَنُ في الرَّهْنِ ، ويَضْمَنُ في الوَدِيعَةِ .

قوله : وإِنْ وكَّل اثْنَيْن ، لم يَجُزْ لأَحَدِهما أَنْ يَنفْرَدَ بالتَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ

⁽١) في الأصل ، ط : ﴿ خلافهما ﴾ .

الشرح الكبير التَّصَرُّفِ، إلَّا أَن يَجْعَلَ ذلك إليه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا وَكَّلَ وَكِيلَيْن وجَعَل لكلِّ واحِدٍ الأنْفِرادَ بالتَّصَرُّفِ ، فله ذلك ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه وإن لم يَجْعَلْ له ذلك ، فليس لأَحَدِهما الأنْفِرادُ به ؛ لأنَّه لم يَأْذُنْ في ذلك ، وإنَّما يَجُوزُ له فِعْلُ ما أَذِنَ فيه مُوَكِّلُه . وبه قال الشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْي ، فإِن وَكَّلَهما في حِفْظِ مِالِه ، حَفِظاه معًا في حِرْز لهما ؛ لأنَّ قَوْلَه : افْعَلا كذا . يَقْتَضِي اجْتِماعَهما على فِعْلِه ، وهو مما يُمْكِنُ ، فَتَعَلَّقَ بهما ، و فارَقَ هذا قَوْلَه : بِعْتُكُما . حيثُ كان مُنْقَسِمًا بينَهما ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يكونَ المِلْكُ لهما(ا) على الاجْتِماعِ، فانْقَسمَ بينَهما. فإن غاب أَحَـدُ الوَكِيلَين ، لم يكن للآخر أن يَتَصَرَّف ، ولا للحاكِم ضَمُّ أُمِين إليه ليَتَصَرَّفَا ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ رَشِيدٌ جائِزُ التَّصَرُّفِ ، لا ولايَةَ للحاكِم عليه ، فلا يُقِيمُ الحاكِمُ وَكِيلًا(١) له بغير إِذْنِه . وفارَقَ ما لو مات أَحَدُ الوَصِيَّيْن ، حيث يُضِيفُ الحاكِمُ إلى الوَصِيِّ أُمِينًا ليَتَصَرَّفَا ؛ لكونِ الحاكِم له النَّظَرُ في حَقِّ المَيِّتِ واليَتِيمِ ، ولهذا لو لم يُوصَ إلى أُحَدٍ ، [١٣٨/٤ و] أقام الحاكِمُ أُمِينًا في النَّظَرِ لليَتِيمِ . وإن حَضَر الحاكِمَ أَحَدُ الوَكِيلَيْن ، والآخَرُ

ذلك إليه . وهو المذهبُ . وجزَم به في «الوَجيزِ »، و «المُعْنِي »، و « الشَّرْحِ ِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْنِ » ، و « الحاويَيْنِ » ، و « الفُروع ِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : لايجوزُ لأحَدِهما الانْفِرادُ بالتَّصَرُّفِ إِلَّا فِي الخُصُومَةِ . قال في ﴿ الفُروعِ ﴾ : وقيل : إِنْ وَكَّلَهما في خُصُومَةٍ ، انْفَرَدَ أَحَدُهُما ؛ للعُرْفِ . قلتُ : وهو الصُّوابُ .

⁽١) سقط من : م .

غائِبٌ ، فادَّعَى الوَكَالَةَ لهما ، وأقام بَيِّنَةً ، سَمِعَها الحاكِمُ ، وحَكَم بثُبُوتِ الوَكَالَةِ لهما، لم (') يَمْلِكِ الحاضِرُ التَّصَرُّفَ وَحْدَه، فإذا حَضَر الآخَرُ تَصَرَّفا معًا ، ولا يَحْتاجُ إلى إعادَةِ البَيِّنَةِ ؛ لأنَّ الحاكِمَ سَمِعَها لهما مَرَّةً . فإن قِيلَ : هذا حُكْمٌ للغائِبِ . قُلْنا : يَجُوزُ تَبَعًا لحَقِّ الحاضِرِ ، كما يَجُوزُ أن يَحْكُمَ بلوقْفِ الذي يَثْبُتُ ('' لمَن لم يُخْلَقْ (" لأَجْل مَن يَسْتَحِقُّه في الحالِ ، كذا بالوَقْفِ الذي يَثْبُتُ ('' لمَن لم يُخْلَقْ (" لأَجْل مَن يَسْتَحِقُّه في الحالِ ، كذا هلهنا . وإن جَحَد الغائِبُ الوكالَة ، أو عَزَلَ نَفْسه ، لم يكن للآخِر أن يَتَصَرَّف . وبما ذَكَرْ ناه قال أبو حنيفة ، والشافعيّ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا . وجَمِيعُ التَّصَرُّفاتِ في هذا سَواءً . وقال أبو حنيفة : إذا وَكَلَهما في خُصُومَةٍ ، فلكلِّ واحِدٍ منهما الانْفِرادُ بها . ولنَا ، أنَّه لم يَرْضَ بتَصَرُّفِ أحدِهِما ، أَشْبَهَ البَيْعَ والشِّراءَ .

فائدة : حُقوقُ العَقْدِ مُتَعَلِّقَةٌ بِالمُوَكِّلِ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، الإنصاف وقطَع به كثيرٌ منهم ؛ لأنَّه لا يَعْتِقُ قَرِيبُ وَكيل عليه ، ويَنْتَقِلُ المِلْكُ إلى المُوَكِّل ، ويُطالَبُ بِالثَّمَنِ ، ويُرَدُّ بِالعَيْبِ ، ويَضْمَنُ العُهْدَةَ ، وغيرُ ذلك . قال المُصَنِّفُ : وإنِ اشْتَرى وَكِيلٌ (١) في شِراءٍ في الذِّمَّةِ ، فكضامِن . وقال الشَّيْخُ تَقِي الدِّينِ ، في مَن وُكِلٌ في بَيْعٍ ، أو اسْتِعْجارٍ : فإنْ لم يُسَمِّ مُوكِلَّه في العَقْدِ ، فضامِنٌ ، وإلَّا في مَن وُكِلُ في بَيْعٍ ، أو اسْتِعْجارٍ : فإنْ لم يُسَمِّ مُوكِلَه في العَقْدِ ، فضامِنٌ ، وإلَّا في مِن وايَتان . وقال : ظاهِرُ المذهبِ يَضْمَنُه . قال : ومِثْلُه الوَكِيلُ في الاقْتِراضِ .

⁽١) في النسخ : ﴿ وَلَمْ ﴾ .

⁽٢) في الأصل: (ثبت) .

⁽٣) في م : ﴿ يَحْلَقُ ﴾ .

⁽٤) في الأصل ، ط : ﴿ وَكُلُّ ﴾ .

الله وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِى الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ إِذَا زَادَ عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِهِ فِى النِّدَاءِ ، أَوْ وَكَّلَ مَنْ يَبِيعُ وَكَانَ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ .

الشرح الكبير

'ولا فى الشّراء أن يَشْتَرِى مِن نَفْسِه' (وعنه ، يجوزُ إذا زاد على مَبْلَغِ الشّراء أن يَشْتَرِى مِن نَفْسِه' (وعنه ، يجوزُ إذا زاد على مَبْلَغِ ثَمَنِه فى النّداءِ ، أو وَكَّلَ مَن يَبِيعُ وكان هو أَحَدَ المُشْتَرِين) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن وُكِّلَ فى بَيْعِ شيءٍ ، لم يَجُوْ أن يَبِيعَه لنَفْسِه ، ولا للوَكِيلِ فى الشّراءِ أنَّ مَن وُكِّلَ فى بَيْعٍ شيءٍ ، لم يَجُوْ أن يَبِيعَه لنَفْسِه ، ولا للوَكِيلِ فى الشّراءِ أن يَشْتَرِى مِن نَفْسِه ، فى إحْدى الرِّوايَتَيْنِ . نَقَلَها مُهنّا . وهو مَذْهَبُ الشافعيّ ؛ وأصحابِ الرَّأى . وكذلك الوَصِيُّ ، لا يَجُوزُ أن يَشْتَرِى مِن الشّافعيّ ؛ وأصحابِ الرَّأى . وكذلك الوَصِيُّ ، لا يَجُوزُ أن يَشْتَرِى مِن الشّافعيّ . مالِ اليَتِيمِ شيئًا لنَفْسِه ، فى إحْدى الرِّوايَتِين . وهو مَذْهَبُ الشافعيّ . مالِ اليَتِيمِ شيئًا لنَفْسِه ، فى إحْدى الرِّوايَتِين . وهو مَذْهَبُ الشّافعيّ . وحُكِى عن مالِكِ ، والأوْزاعِيِّ جَوازُ ذلك فيهما . والرِّوايَةُ الثانيةُ عن أَمْمَه أَن يَشْتَرِيا بشَرْطَيْن ؛ أَحَدُهما ، أن يَزِيدَ على مَبْلَغِ ثَمَنِه أَمْ النِّداءِ . والثانِي ، أن يَتَولَّى النِّداءَ غيرُه . قال القاضى : يَحْتَمِلُ أن يكونَ فى النِّداءِ . والثانِي ، أن يَتَولَّى النِّداءَ غيرُه . قال القاضى : يَحْتَمِلُ أن يكونَ فى النِّداءِ . والثانِى ، أن يَتَولَّى النِّداءَ غيرُه . قال القاضى : يَحْتَمِلُ أن يكونَ

الإنصاف

قوله: ولا يجوزُ للوَكيلِ في البَيْعِ أَنْ يَبِيعَ لنَفْسِه. هذا المذهبُ ، وعليه الجُمْهُورُ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه في « المُذْهَبِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتيْن » ، و « الحَاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . واختارَه أبو الخَطَّابِ ، والشَّرِيفُ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والخِرَقِيُّ ، وغيرُهم . وعنه ، يجوزُ ، كالو أَذِنَ له . على الصَّحيحِ ،

⁽١ - ١) جاء هذا في م بعد قوله : و كان هو أحد المشترين ، في السطر التالي .

اشْتِراطُ تَوَلِّي غيره للنِّداء واجبًا ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ مُسْتَحَبًّا ، والأوَّلُ الشرح الكبير أَشْبَهُ بِظَاهِرِ كَلَامِهِ . وقال أبو الخَطَّابِ : الشُّرْطُ الثانِي ، أن يُوَلِّي مَن يَبيعُ ويكونَ هو أَحَدَ المُشْتَرِينِ . فإن قِيلَ : فكيف يجوزُ له دَفْعُها إلى غيره لَيَبِيعَها ، وهذا تَوْكِيلٌ وليس للوَكِيلِ التَّوْكِيلُ ؟ قُلْنا : يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فيما لاَ يَتُولَّى مِثْلَه بِنَفْسِه ، والنِّداءُ ممَّا لم تَجْرِ (١) العادَةُ أَن يَتَوَلَّاه أَكْثَرُ النَّاسِ بنُفُوسِهم . فإن وَكَّلَ إِنْسانًا يَشْتَرِي له ، وباع ، جاز على هذه الرِّوايَةِ ؛ لأَنَّه امْتَثَلَ أَمْرَ مُوَكِّلِه في البَيْعِ ِ ، وحَصَّلَ غَرَضَه مِن الثَّمَن ، فجاز ، كما لو اشْتَراها أَجْنَبِيٌّ . وقال أبو حنيفة : يجوزُ للوَصِيِّ الشِّراءُ دُونَ الوَكِيلِ ؛

إِذَا زَادَ عَلَى مَبْلَغِ ِ ثَمَنِه في النِّدَاءِ . واخْتَارَه ابنُ عَبْدُوسٍ في ﴿ تَذْكِرَتِه ﴾ ، أو وَكُّلَ الإنصاف مَن يَبِيعُ ، حيثُ جازَ التَّوْكِيلُ ، وكان هو أَحَدَ المُشْتَرِيِّين . وكذا قال في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرهم . وقدَّمه في « الفائقِ » . وقال في « المُحَرَّرِ » : وعنه ، له البّيعُ مِن نَفْسِه إذا زادَ على ثَمَنِه في النَّداءِ . وقال في « الفُروع ِ » : وعنه ، يصِحُّ أَنْ يَبِيعَ مِن نَفْسِه إذا زادَ على ثَمَنِه في النِّداءِ . وقيل : أُو وَكُلُّ بِائِعًا . وهو ظاهِرُ ما نقَلَه حَنْبَلُّ . وقيل : لهما . انتهى . وحكَى الزُّرْكَشِيُّ ، إِذَا زَادَ عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِهِ فِي النِّدَاءِ رَوَايَةً ، وإِذَا وَكُلُّ فِي البَّيْعِ ، وكان هو أحدَ المُشْتَر يَيْن رِوايَةً أُخْرَى . وقال في ﴿ القاعِدَةِ السَّبْعِين ﴾ : وأمَّا رِوايَةُ الجَوازِ ، فاخْتُلِفَ في حِكَايَةِ شُرُوطِها على طُرُق ؟ أحدُها ، اشْتِراطُ الزِّيادَةِ على الثَّمَن الذي تَنْتَهي إليه الرُّغَباتُ في النِّداءِ ، وفي اشْتِراطِ أَنْ يَتَوَلَّى النِّداءَ غيرُه وَجهْان . وهي طَرِيقَةُ القاضي

⁽١) بعده في م : (به) .

الشرح الكبير لأنَّ اللهَ تعالى قال: ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾(١) . وإذا اشْتَرَى مالَ اليَتيم بأكْثَرَ مِن ثَمَنِه ، فقد قَربَه بالتي هي أَحْسَنُ . ولأنَّه [١٣٨/٤ ظ] نائِبٌ عن الأب ، وذلك جائِزٌ للأب ، فكذلك نائِبُه . ووَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى ، أنَّ العُرْفَ في البَيْعِ ِ بَيْعُ الرجلِ مِن غيرِه ، فحُمِلَتِ الوَكالَةُ عليه ، كما لو صَرَّحَ به ، ولأنَّه تَلْحَقُه التُّهْمَةُ ، ويتَنَافَى الغَرَضان في بَيْعِه لَنَفْسِه ، فلم يَجُزْ ، كَالُو نَهاه . والوَصِيُّ كالوَكِيل ؛ لأنَّه يَلي بَيْعَ مالِ غيرِه بتَوْلِيَتِه ، فَأَشْبَهَ الوكيلَ ، أو مُتَّهَمّ ، فأشْبَهَ الوَكِيلَ ، بل التُّهْمَةُ في الوَصِيِّ آكَدُ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يُتَّهَمُ في تَرْكِ الاسْتِقْصاءِ في النَّمَنِ لا غيرُ ، والوَصِيُّ يُتَّهَمُ في ذلك ، وفي أنَّه يَشْتَرى مِن مالِ اليِّتِيمِ ما لا حَظَّ لليَّتِيمِ في بَيْعِه ،

الإنصاف في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ ، وابن عَقِيل . والثَّاني ، أنَّ المُشْتَرَطَ التَّوْكِيلُ المُجَرَّدُ ، كما هي طَرِيقَةُ ابنِ أَبِي مُوسى ، والشِّيرَازِيِّ . والثَّالثُ ، أنَّ المُشْتَرَطَ أَحَدُ أَمْرَيْن ؛ إمَّا أنْ يُوَكِّلَ مَن يَبَيعُه ، على قَوْلِنا : يجوزُ ذلك . وإمَّا الزِّيادَةُ على ثَمَنِه في النِّداء . وهي طَريقَةُ القاضي في « خِلافِه » ، وأبِي الخَطَّابِ . وأطْلَقَ الرِّوايتَيْن في « الهِدايةِ » ، و ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ . وذكر الأَزْجِيُّ احْتِمالًا ، أنَّهما لا يُعْتَبران ؛ لأنَّ دينَه وأمانَتَه تَحْمِلُه على الحَقِّ ، ورُبَّما زادَ خَيْرًا . وعنه رِوايَةٌ رابعَةٌ ، يجوزُ أنْ يُشاركَه [٢/ ٥٥٠ ظ] فيه ، لا أَنْ يَشْتَرِيَه كلُّه . ذكَرَها الزَّرْكَشِيُّ وغيرُه . ونقَلَها أبو الحارثِ .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يَأْذَنْ له ، فإنْ أَذِنَ له في الشِّراءِ مِن نَفْسِه ، جاز . ومُقْتَضَى تَعْليل الإمام أحمدَ في الرِّوايةِ التي تقولُ بالجَوازِ فيها ويُوكِّلُ ، لا يجوزُ ؟

⁽١) سورة الأنعام ١٥٢ ، والإسراء ٣٤ .

فكان أَوْلَى بالمَنْعِ ، وعندَ ذلك لا يكونُ أُخْذُه لمالِه (' قُرْبًا له') بالتي هي أَحْسَنُ . وقد رُوِيَ عن(') ابن مسعود ، أنَّه قال في رجل أَوْصَى إلى رجل بتَركَتِه ، وقد تَرَك قَرِيبًا ، فقال الوَصِيُّ : أَشْتَريه . قال : لا .

فصل : وحُكْمُ الحاكِم وأمِينِه ، كحُكْم الوَكِيلِ ، والحُكْمُ فى بَيْعِ الْحَدِ هؤلاء لوكِيلِه ، أو وَلَدِه الصَّغيرِ ، أو طِفْل يَلِي عليه ، أو لوكِيلِه ، أو عَبْدِه المَأْذُونِ له ، كالحُكْم فى بَيْعِه لنَفْسِه ، كلَّ ذلك يُخَرَّجُ على روايَتَيْن ، بِناءًا على بَيْعِه لنَفْسِه . فأمّا بَيْعُه لولَدِه الكَبِيرِ ، أو والِدِه ، أو مكاتبِه ، فذكرَهم أصحابُنا أيضًا فى جُمْلَة ما يُخَرَّجُ على روايَتَيْن . ولأصحاب الشافعيّ فيهم وَجْهان . وقال أبو حنيفة : يَجُوزُ بَيْعُه لولَدِه الكَبِيرِ ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمْرَ مُوكِّلِه ، ووافَقَ (٣) العُرْفَ فى بَيْع غيرِه ، كا لو باعَه الكَبِيرِ ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمْرَ مُوكِّلِه ؛ لأنَّ الشِّراءَ إنَّما يَقَعُ لنَفْسِه ، وكذلك بَيْعُ عَبْدِه المَأْذُونِ ، وبَيْعُ طِفْل يَلِي عليه ، بَيْعٌ لنَفْسِه ؛ لأنَّ الشِّراءَ إنَّما أَوْ الشَّراءَ إنَّما أَوْ الشَّراءَ إنَّما أَوْ الشَّراءَ إنَّما اللهُ الشَّراءَ إنَّما أَوْ النَّمْ لَو المَعْ النَفْسِه . المَأْذُونِ ، وبَيْعُ طِفْل يَلِي عليه ، بَيْعٌ لنَفْسِه ؛ لأنَّ الشِّراءَ إنَّما أَنْ الشِّراءَ إنَّما أَنْ الشَّراءَ إنَّما المَعْ النَفْسِه .

الإنصاف

لأنَّه يأخُذُ بإحْدَى يدَيْه مِنَ الْأُخْرَى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ فى شِراءِ الوَكِيلِ مِن نَفْسِه للمُوكِّلِ . وكذا الحاكِمُ وأمِينُه ، والوَصِىُ ، وناظِرُ الوَقْفِ ، والمُضارِبُ ، كالوَكِيلِ . و لم يذْكُرِ ابنُ أَبِى مُوسى فى الوَصِىِّ سِوَى المَنْعِ . وقال فى « القاعِدَةِ السَّبْعِينَ » : يتَوجَّهُ

⁽۱ – ۱) فی م : « قربانا » .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) في ر ، ق : « فارق » .

⁽٤) سقط من : م . وفي الأصل : ﴿ لما ﴾ .

الشرح الكبير ووَجْهُ الجَمْعِ بِينَهِم ، أَنَّه يُتَّهَمُ في حَقِّهم ، ويَمِيلُ إِلَى تَرْكِ الاسْتِقْصاء عليهم في الثُّمَن ، كتُهْمَتِه في حَقِّ نَفْسِه ، (اولذلك اللهُ تُقْبَلُ شَهادَتُه لهم . والحُكْمُ فيما إذا أراد أن يَشْتَرِيَ لمُوَكِّلِه ، كالحُكْم ِ(١) في بَيْعِه لمالِه ؛ لأَنُّهما سَواءٌ في المَعْنَبي .

فصل : وإن وَكُلَ رَجلًا يَتَزَوَّجُ له امرأةً ، فهل له أن يُزَوِّجَه ابْنَتَه ؟ يُخَرُّ جُ على ما ذَكَرْنا في الوَكِيل في البَيْع ِ ، هل يَبيعُ لوَلَدِه الكَبِيرِ ؟ وقال أَبُو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَجُوزُ . ووَجْهُ القَوْلَيْنِ مَا تَقَدَّمَ فيما قبلَها (٢) . وإن أَذِنَتْ له مُوَلِّيتُه (عُن تَزْوِيجِها ، خُرِّجَ في تَزْوِيجِها لنَفْسِه أو لوَلَدِه أو لوالِدِه وَجْهانِ ، بناءً على ما ذُكِر في البَيْع ِ . وكذلك إن وَكُلُه رجلَ في تَزْويجِ ابْنَتِهِ ، خُرِّجَ فيه مِثْلُ ذلك .

الإنصاف التَّفْرِيقُ بينَ الحاكم وغيره ؛ فإنَّ الحاكِمَ وِلاَيْتُه غيرُ مُسْتَنِدَةٍ إِلَى إِذْنٍ ، فتَكونُ عامَّةً ، بخِلافِ غيره . الثَّانيةُ ، حيثُ صحَّحْنا ذلك ، صحَّ أَنْ يتَوَلَّى طَرَفَى العَقْدِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه في « الفُروع ِ » ، و « الفائقِ » . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقيل : لا يَصِحُّ .

فائدة : وكذا الحُكْمُ لو وُكِّلَ ف بَيْع ِ عَبْدٍ أو غيرِه ، ووَكَّلَه آخَرُ ف شِرائِه مِن نَفْسِه ، في قِياسِ المذهبِ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وقالا : ومِثْلُه لو وَكَّلَه

⁽۱ – ۱) في م : ﴿ وَكَذَلْكُ ﴾ .

⁽٢) في م: (كالحاكم) .

⁽٣) في م : و قبلهما ، .

 ⁽٤) في الأصل : (وليته ١ .

٢٠٠٢ – مسألة: (وهل يَجُوزُ أن يَبِيعَه لوَلَدِه ، أو والِدِه ، أو الشرح الكبير مُكاتَبِه ؟ على وَجْهَيْنِ) وقد ذَكَرْناه في المسألَةِ قبلَها .

فصل: فإن وَكَّلَه في بَيْع عِبْده ، ووَكَّلَه آخَرُ في شِرَاءِ عَبْد ، فقياسُ المَذْهَبِ جَوازُ شِرائِه مِن نَفْسِه ؛ لأَنَّه أُذِن له في طَرَفَى العَقْد ، فجاز له أن يَلِيَهِما إذا انْتَفَتِ التُّهْمَةُ ، كالأب يَشْتَرِى مِن مالِ وَلَدِه لنَفْسِه . ولو وَكَّلَه المُتَدَاعِيان في الدَّعْوَى عنهما [١٣٩/٤ ر] فالقِياسُ جوازُه ؛ لأَنَّه يُمْكِنُه الدَّعْوَى عن أَحَدِهما والجَوابُ عن الآخر ، وإقامَةُ حُجَّة كلِّ واحِدٍ منهما ، ولأصحابِ الشافعيِّ في المَسْأَلَتَيْن وَجْهان .

فصل: فإن أذِنَ للوَكِيلِ أَن يَشْتَرِىَ مِن نَفْسِه ، جاز ذلك . وقال أصحابُ الشافعيِّ : لا يَجُوزُ فَى أَحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأَنَّه يَجْتَمِعُ له فى عَقْدِه غَرَضان ، الاسْتِرْخاصُ لنَفْسِه ، والاسْتِقْصاءُ للمُوَكِّلِ ، وهما مُتَضادًان ، فتَمانعا . ولَنا ، أَنَّه وَكَّلَه فى التَّصَرُّفِ لنَفْسِه ، فجاز ، كما وكَلَ المرأة فى

المُتدَاعِيان فى الدَّعْوَى عنهما ؛ لأَنَّه يُمْكِنُه الدَّعْوَى عن أَحَدِهما ، والجَوابُ عن الإنصاف الآخَرِ ، وإقامَةُ خُجَّةٍ لكُلِّ واحدٍ منهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال الأَزَجِى : لا يصِحُّ فى الدَّعْوَى مِن واحدٍ للتَّضادِّ .

قوله: وهل يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَه لوَلَدِه ، أو والِدِه ، أو مُكاتَبِه ؟ على وَجْهَيْن . وهما احْتِمالان مُطْلَقان في « الهِداية ِ » . وأطْلَقَ الوَجْهَيْن في « الفُروع ِ » ، و « المُنتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيص ِ » ، و « الرِّعاية الصُّغرى » ، و « المُحَرَّر » ، و « الحاوِيْن » ، و « الفائق ِ » ، و « شَرْح ابن ِ الصُّغرى » ، و « المُحَرَّر » ، و « الحاوِيْن » ، و « الفائق ِ » ، و « شَرْح ابن ِ

طَلاقِهِ نَفْسِها ، ولأنَّ عِلَّةَ المَنْع ِ مِن الشراء(١) لنَفْسِه في مَحَلِّ الاتِّفاقِ التُّهْمَةُ ؛ لدَلالَتِها على عَدَم رضا المُوَكِّل بهذا التَّصَرُّفِ ، وإخراج هذا التَّصَرُّفِ عن عُمُومِ لَفْظِه وإرادَتِه ، وقد صَرَّحَ هـٰهُنا بالإِذْنِ فيها ، فلا يَبْقَى(٢) دَلالَةُ الحالِ مع نَصِّه بلَفْظِه على خِلافِها . وقَوْلُهم : إِنَّه يتَضَادُّ مَقْصُودُه في البَيْعِ والشِّراءِ . قُلْنا : إن عَيَّنَ المُوَكِّلُ له الثَّمَنَ فاشْتَرَى به(٢) ، فقد زال مَقْصُودُالاسْتِقْصاء ، فإنَّه لا يُرادُ أَكْثَرُ ممَّا قد(١) حَصَّلَ ، وإن لم يُعَيِّنْ له الثَّمَنَ تَقَيَّدَ (٥) البَيْعُ بثَمَنِ المِثْلِ ، كما لو باع لأَجْنَبِيِّ (١) . وقد ذَكَر أصحابُنا فيما إذا وَكَّلَ عَبْدًا يَشْتَرِي له نَفْسَه مِن سَيِّدِه وَجْهًا ، أَنَّه لا يَجُوزُ ، فيُخَرَّجُ هـٰهُنا مِثْلُه . والصَّحِيحُ ما قلنا ، إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف مُنجَّى ﴾ ؟ أحدُهما ، لا يجوزُ . أي لا يصِحُّ ، كنفْسِه . وهو المذهبُ . صحَّحه في « التَّصْحيح ِ » . وجزَم به في « الوَجيز ِ » ، و « المُنَوِّر » ، و « مُنتَخَب الأَزَجيُّ » ، وغيرهم . وقدُّمه في « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِي » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرِي » ، وغيرهم . قال المَجْدُ في « شَرْحِه » : اخْتارَه القاضي ، وابنُ عَقِيل . قال المُصَنِّفُ في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الكافِي ﴾ ، والشَّارِ حُ : الوَجْهان هنا مَبْنِيَّان على الرُّوايتَيْن في أَصْلِ المَسْأَلَةِ . قلتُ : الصُّوابُ أنَّ الخِلافَ هنا مَبْنييٌ على القَوْلِ بعَدَم

⁽١) في م : (المشترى)

⁽٢) في م : ﴿ ينفي ﴾ .

⁽٣) سقط من : الأصل .

⁽٤) سقط من : م .

⁽٥) في ق : ﴿ بعقد ﴾ . وفي م : ﴿ بعيد ﴾ .

⁽٦) في م : ﴿ الأَجنبي ﴾ .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ نَسَاءً ، وَلَا بغَيْر نَقْدِ الْبَلَدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ، الله كَالْمُضَارِبِ .

٣ • • ٢ - مسألة : ﴿ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ نَسَاءً ، وَلَا بَغِيرَ نَقْدِ البَلَّدِ . الشرح الكبير ويَحْتَمِلُ أَن يجوزَ ، كالمضاربِ) وجملةُ ذلك ، أَنَّ المُوَكِّلَ إِذَا عَيَّنَ للوَّكِيلَ الشراءَ أو البيعَ بنقدٍ مُعَيَّن ِ أو حالٍّ ، لم تَجُزْ مُخالَفَتُه ؛ لأنَّه إنَّما يَتَصَرَّفُ بإذْنِه ، و لم يَأْذَنْ في غير ذلك . وإن أذِن له في الشِّراء أو البِّيْع بنسِيئَة ، جاز . وإن أَطْلَقَ ، لم يَبِعْ إِلَّا حالًّا بنقْدِ البَلَدِ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ في البَيْع ِ الحُلُولُ ، وإطْلاقُ النَّقْدِ يَنْصَرِفُ إلى نَقْدِ البَلَدِ ، كَمَا لُو باع مالَه . فإن كان في البَلَدِ نَقْدان ، باع بأغْلَبهما ، فإن تَساوَيا ، باع بما شاء منهما . وبهذا

الصِّحَّةِ هناك . وهو ظاهِرُ كلام أكثر الأصحاب . والوَجْهُ الثَّاني ، يجوزُ . أي الإنصاف يصِحُّ ، وإنْ مَنَعْنا الصِّحَّةَ فى شِراءِ الوَكِيلِ مِن نَفْسِه لنَفْسِه .

> تنبيه : محَلُّ الخِلافِ في هذه المَسْأَلَةِ ، وفي التي قبلَها ، إذا لم يَأْذَنْ له المُوَكِّلُ ف ذلك ، فأمَّا إِنْ أَذِنَ له ، فإنَّه يجوزُ ، ويصِحُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب . وقيل : لا يصِحُّ أيضًا . حَكَاه المَجْدُ . قلتُ : وهو بعيدٌ في غيرِ الوَكِيلِ .

> تنبيه : مَفْهُومُ كلامِه جَوازُ بَيْعِه لإِخْوَتِه وسائرِ أقاربِه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وهو ظاهرُ كلامِ الأصحابِ ، وصرَّح به جماعَةً . وذكر الأزَجِئُ فيهم وَجْهَيْن . قلتُ : حيثُ حصَلَتْ تُهْمَةٌ في ذلك ، لا يصِحُّ .

> قوله : ولا يجوزُ – أي لا يصِحُّ – أنْ يَبِيعَ نَساءً ، ولا بغير نَقْدِ البَلدِ . وكذا لا يجوزُ أنْ يَبِيعَ بغيرِ غالِب نَقْدِ البَلَدِ إنْ كان فيه نُقودٌ . ومُرادُه ، إذا أَطْلَقَ الوَكالَةَ .

الشرح الكبير قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةً وصاحِباه : له البَيْعُ نَساءً ؛ لأنَّه مُعْتادٌ ، فأشْبَهَ الحالُّ . ويتَخَرَّجُ لَنا مِثْلُ ذلك ، بناءً عَلَى الرِّوايَةِ في المضَّارِبِ . والأُوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه لو أَطْلَقَ البَيْعَ حُمِل على الحُلُولِ ، فكذلك إذا أَطْلَقَ الوَكَالَةَ ، ولا نُسَلِّمُ تَساوىَ العادَةِ فيهما ، فإنَّ بَيْعَ الحالِّ أَكْثَرُ . ويُفارقُ المُضارَبَةَ (١) لَوَجْهَيْن ؟ أَحَدُهما ، أَنَّ المَقْصُودَ مِن المُضارَبَةِ الرِّبْحُ ، لا دَفْعُ الحَاجَةِ بِالثَّمَنِ فِي الحَالِ ، وقد يكونُ المَقْصُودُ فِي الوَّكَالَةِ دَفْعَ حاجَةٍ

الإنصاف وهذا المذهبُ في ذلك ، نصَّ عليه . وجزَم به في « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّر » ، و ﴿ الْوَجِيزِ ﴾ ،وغيرِهم .وقدَّمه في ﴿ الهِدايةِ ﴾ ،و ﴿ الْمُذْهَبِ ﴾ ،و ﴿ مَسْبُوكِ الذُّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « شَرْحِ ِ ابنِ مُنَجَّى » ، و ﴿ الْفَائْقِ ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، وقال : هو أَوْلَى . ويَحْتَمِلُ أَنْ يجوزَ ، كَالْمُضَارِبِ . وهو لأبيى الخَطَّابِ في ﴿ الهِدَايَةِ ﴾ ، وهو تخْرِيجٌ في ﴿ الفائقِ ﴾ ، وهو رِوايَةً في ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ وغيرِه ، واخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وذكر ابنُ رَزينِ في « النَّهايةِ » ، أنَّ الوَكِيلَ يَبِيعُ حالًّا بنَقْدِ بَلَدِه ، وبغيرِه ، لا نَساءً . وذكر في « الانْتِصار » ، أنَّه يَلْزَمُه النَّقْدُ أو ما نقَص .

تنبيه : أَفَادُنَا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه الله ، جَوَازَ بَيْع ِ المُضارِبِ نَساءً ؛ لكَوْنِه جعَلَه هنا أَصْلًا للجوازِ . وهو صحيحٌ ، وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، على ما يَأْتِي إِنْ شاءَ الله تعالَى في بابِ الشُّرِكَةِ . لكِنْ أَطْلَقَ هناك الخِلافَ في شَرِكَةِ العِنانِ ، والمُضارَبَةُ مِثْلُها . فالحاصِلُ أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهب في الوَكالَةِ ، عدَمُ الجَوازِ ، وفي المُضارَبَةِ ، الجَوازُ . وفرَّقَ المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ بينَهما بأنَّ المَقْصودَ مِنَ المُضارَبَةِ الرِّبْحُ ، وهو في النَّساءِ أكثرُ ، ولا يتَعَيَّنُ في الوَكَالَةِ ذلك ، بل رُبَّما كان

⁽١) في الأصل: ﴿ المضارب ، .

وَإِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ [١٢١،] أَوْ بِأَنْقَصَ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ ، اللَّهَ صَحَّ ، وَضَمِنَ النَّقْصَ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَصِحَّ .

ناجِزَةٍ (') تَفُوتُ بَتأْخِيرِ الثَّمَنِ . والثانِي ، أنَّ اسْتِيفاءَ الثَّمَنِ فِي المُضارَبَةِ السرح الكباعلى المُضارِبِ ، فَيَعُودُ ضَرَرُ التَأْخِيرِ [١٣٩/٤ ظ] في التَّقاضِي عليه ، وهـٰهُنا بخِلافِهِ ، فلا يَرْضَى به المُوَكِّلُ ، ولأنَّ الضَّررَ في تَوَى الثَّمَنِ ('' على المُضارِبِ ؛ لأَنَّه يُحْسَبُ مِن الرِّبْحِ ؛ لكَوْنِ الرِّبْحِ وِقايَةً لرَأْسِ المَالِ ، وهـٰهُنا يَعُودُ عَلى المُوَكِّلِ ، فانْقَطَعَ الإِلْحاقُ .

٢٠٠٤ – مسألة : (وإن باع بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو بأنّقَصَ ممّا قَدَّرَه له ، صَحَّ ، وضَمِنَ النَّقْصَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ) وجُمْلَةُ ذلك ،

الإنصاف

المَقْصودُ تَحْصيلَ النَّمَنِ لدَفْع حاجَتِه ، ولأنَّ اسْتِيفاءَ الثَّمَنِ [٢/ ١٥١] في المُضارَبَةِ على المُضارِب ، فيَعُودُ ضَرَرُ التَّأْخيرِ في التَّقاضِي عليه ، بخِلافِ الوَكالَةِ ، فيَعودُ ضَرَرُ الطَّلَبِ على المُوكِّل ِ .

فائدة : إذا أطْلَقَ الوَكَالَةَ ، لم يصِحَّ أَنْ يَبِيعَ بمَنْفَعَةٍ ، ولا بعَرْض (" أيضًا . على الصَّحيح مِنَ المذهب ، وهو ظاهِرُ كلام المُصَنَّف . وفي العَرْض احتمالُ بالصَّحَّة . وهو روايَةً في « المُوجَزِ » . ويأتِي في كلام المُصَنَّف : إذا قال للوَكِيل : أَذِنْتَ لِي في البَيْع نَساءً ، وفي الشَّراء بخَمْسَة . وأَنْكَرَ المُوكَلُ .

قوله : وإنْ باعَ بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو بأَنْقَصَ مِمَّا قدَّرَه ، صَحَّ ، وضَمِنَ النَّقْصَ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . واختارَه الخِرَقِيُّ ،

⁽١) في م : ﴿ بِأَجِرَةَ ﴾ .

⁽٢) توى الثمن : هلاكه .

⁽٣) في الأصل ، ط : (بقرض) .

أنَّ الوَكِيلَ ليس له أن يَبيعَ بدُونِ ثَمَن المِثْل ، أو دُونِ ما قَدَّرَه له . وبهذا قال الشافعيُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : إذا أَطْلَقَ الوَكَالَةَ فِي البَيْعِ ، فله البَيْعُ بأَيِّ ثَمَن كان ؛ لأنَّ لَفْظَه فِي الإذْنِ مُطْلَقٌ ، فيَجبُ حَمْلُه على إطْلاقِه . ولَنا ، أنَّه وَكِيلٌ مُطْلَقٌ في عَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فاقْتَضَى ثَمَنَ المِثْل ، كالشِّراءِ ، فإنَّه قد وافَقَ عليه ، وبه يَنْتَقِضُ دَلِيلُه . فإن باعَ بأقَلُّ

الإنصاف والقاضي في « الخِلافِ » وغيرُهما . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . قال ابنُ مُنجّى في « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وقدُّمه في « الهدايةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « مَسْبِوكِ الـــذُّهَبِ » ، و « المُسْتَــوْعِبِ » ، و « الخُلاصَـــةِ » ، و ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ النَّظْمِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاويَيْسِنِ ﴾ ، و « الفائق ِ » ، و « ناظِم المُفْرَداتِ » ، وقال : قالَه الأَكْثَرُ . وهو مِنَ المُفْرَدات .

قوله : ويَحْتَمِلُ أَنْ لاَيْصِحٌ . وهو روايَةٌ مَنْصوصَةٌ عن أحمدَ . واختارَه المُصَنِّفُ. وصحَّحه القاضي في « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به في « التَّلْخيص » ، وقال : إنَّه الذي تَقْتَضِيه أُصولُ المذهبِ . وقدَّمه الشَّارِحُ ، والمُصَنِّفُ في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، وابنُ رَزِينٍ في ﴿ شَرْحِه ﴾ . وأَطْلَقهما في ﴿ الكافِي ﴾ . وقال في « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهما : ويتَخَرَّجُ أنَّه كَتَصَرُّفِ الفُضُولِيِّ . قال في « الفُروعِ » : قيلَ : إنَّه كَفُضُولِيٌّ . نصَّ عليه ، فإنْ تَلِفَ وضَمِنَ الوَكِيلُ ، رجَع على مُشْتَرِ لتَلَفِه عندَه . وقيل : يصِحُّ . نصَّ عليه . انتهى . ويأتِي قرِيبًا في كلام ِ المُصَنِّفِ: لو وَكَّلَه في الشِّراءِ ، فاشْترَى بأَكْثَرَ مِن ثَمَنِ المِثْل .

مِن ثَمنِ المِثْلِ ممّا لا() يتَغَابَنُ النّاسُ بِمِثْلِه أو بدُونِ ما قَدَّرَه له ، فحُكْمُه حُكْمُ مَن لم يُؤْذَنْ () له في البَيْع ِ . وعن أحمدَ أنَّ () البَيْع صَحِيحٌ ، ويَضْمَنُ الوَكِيلُ النَّقْصَ ؛ لِأَنَّ مَن صَحَّ بيْعُه بثَمَن المِثْلِ ، صَحَّ بدُونِه ، كالمَريض ِ . فعلى هذه الرِّوايَة ِ ، يكونُ على الوَكِيلُ ضَمانُ النَّقْص ِ ، وفي كالمَريض ِ . فعلى هذه الرِّوايَة ِ ، يكونُ على الوَكِيلُ ضَمانُ النَّقْص ِ ، وفي

تنبيه: جمَع المُصَنِّفُ بينَ ما إذا وَكَّلَه فى البَيْع ِ وأَطْلَقَ ، وبينَ ما إذا قدَّرَه له ، الم فجعَل الحُكْمَ واحِدًا . وهو أصحُّ الطَّرِيقتَيْن . وصرَّح به القاضى ، وغيرُه . ونصَّ عليه ، فى روايَةِ الأَثْرَمِ ، وأبى داودَ ، وابنِ مَنْصُورٍ . وقيل : يَبْطُلُ العَقْدُمع مُخالَفَةِ التَّسْمِيَةِ ، ولا يَبْطُلُ مَع الإطْلاقِ . وممَّن قال ذلك ؛ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيل فى « فُصولِه » . قالَه فى « الفائِدةِ (العِشْرين » .

تنبيه : مُرادُه بقَوْلِه : وإنْ باعَ بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ . ممَّا يَتَغابَنُ النَّاسُ بمِثْلِه ، فأمَّا ما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ بمِثْلِه ؛ كالدِّرْهَم في الْعَشَرَةِ ، فإنَّ ذلك مَعْفُوَّ عنه إذا لم يَكُن ِ المُوَكِّلُ قد قدَّرَ الثمَنَ .

قوله: وضَمِنَ النَّقْصَ. في قَدْرِه وَجْهان. وأَطْلَقهما في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائق » ، و « الكافِي » ؛ أحدُهما ، هو ما بينَ ما باعَ به وثَمَنِ المِثْلِ . قال الشَّارِحُ : وهذا أُثْيَسُ . واختارَه ابنُ عَقِيلٍ . ذكرَه عنه في « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينِ في « شَرْحِه » . والوَجْهُ الثَّاني ، هو ما بينَ ما يتَغابَنُ به النَّاسُ وما لا يتَغابَنُون . فعلى المذهب ، في أَصْلِ

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) في م : (يأذن ، .

⁽٣) سقط من : م .

⁽٤) في النسخ : ﴿ القاعدة ﴾ ، وانظر : القواعد ٤٥٦ .

الشرح الكبير قَدْرِه وَجْهان ، أَحَدُهما ما بينَ ثَمن الْمِثْل (١) وما باعَه به . والثاني ، ما بينَ ما يَتَغابنُ النَّاسُ به (٢) وما لا يَتغابنونَ ؛ لأنَّ ما يتغابنُ الناسُ به يَصِحُّ بَيْعُه به ولا ضَمانَ عليه . والأوَّلُ أَثْيَسُ ؛ لأنَّه بَيْعٌ غيرُ مَأْذُونِ فيه ، أَشْبَهَ بَيْعَ الأَجْنَبِيِّ . وكلَّ تَصَرُّفٍ كان الوَكِيلُ فيه مُخالِفًا لمُوَكِّلِه ، فحُكْمُه فيه حُكْمُ تَصَرُّفِ الأَجْنَبِيِّ ، على ما ذُكِر (٣) في مَوْضِعِه . فأمَّا ما يَتَغابَنُ النَّاسُ به عادَةً ، وهو دِرْهَمُّ في عَشَرَةٍ ، فَمَعْفُو عنه إذا لم يكن المُوكِّلُ قَدَّرَ الثَّمَنَ ؛ لأَنَّ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِهِ يُعَدُّ^{رُ؛} ثَمَنَ المِثْلِ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه .

فصل : ولو حَضَر مَن يَزِيدُ على ثَمَنِ المِثْلِ ، لم يَجُزْ أَن يَبِيعَ بِثَمَن المِثْلِ ؛ لأنَّ عليه الاحْتِياطَ وطَلَبَ الحَظِّ لمُوَكِّلِه . فإن باع بثَمَنِ

الإنصاف المَسْأَلَةِ ، لا يَضْمَنُ عَبْدٌ لسَيِّدِه ، ولا صَبِيٌّ لنَفْسِه ، ويصِحُ البَيْعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المنهبِ . قدَّمه في « الفُروعِ » . وفيه احْتِمالٌ ، أنَّه يَبْطُلُ . قال في « الفُروعِ » : وهو أَظْهَرُ . قلتُ : فعلى الأوَّلِ ، يُعايَى بها في الصَّبيِّ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال في « الرِّعايَةِ الكُبْرِي » : لو وَكَّلَه في بَيْع ِ شيءٍ إلى َ أَجَلِ ، فزادَه أو نقَصَه ، ولا حَظَّ فيه ، لم يصِحُّ . قال في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ : وإنْ أَمَر بشِراءِ كذاحالًا ،أو يَبِيعُ بكذا نَساءً ، فخالَفَ في حُلُولِ وتأجِيل ، صحَّ في الأصحِّ .

⁽١) في م: (المال) .

⁽٢) في م : و بمثله ، .

⁽٣) في م: و ذكرنا ، .

⁽٤) في م: ﴿ بعد ﴾ .

وَإِنْ بَاعَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ ، صَحَّ ، سَوَاءٌ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ اللَّهِ الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ .

المِثْلِ ، فحَضَرَ مَن يَزِيدُ في مُدَّةِ الخِيارِ ، لم يَلْزَمْه فَسْخُ العَقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادَة الشرح الكبير مَنْهِيٌّ عنها ، فلا يَلْزَمُ الرُّجُوعُ إليها ، ولأنَّ المُزايدَ قد لا يَثْبُتُ على الزِّيادَةِ ، فلا يَلْزَمُه الفَسْخُ بالشَّكِّ . ويَحْتَمِلُ أَن يَلْزَمَه ذلك ؛ لأَنَّها زِيادَةٌ أَمْكَنَ تَحْصيلُها ، أَشْبَهَ ما قبلَ البَيْع ِ ، والنَّهْيُ يتَوَجُّهُ إلى الذي زاد لا إلى الوَكِيلِ ، فأشْبَهَ ما إذا زاد قبلَ البّيْع ِ بعدَ الاتّفاقِ عليه .

> • • • ٢ - مسألة : (وإن باع بأكْثَرَ) مِن ثَمَن المِثْل (صَحَّ ، سَواءٌ كانتِ الزِّيادَةُ مِن جِنْسِ الثَّمَنِ الذَّى أَمَرَ به ، أو لم تكنْ) إذا وَكَّلَه

وقيل : إنْ لم يتَضَرَّرْ . انتهي . الثَّانيةُ ، لو حضَر مَن يَزِيدُ على ثَمَنِ المِثْلُ ِ ، لم يَجُزْ الإنصاف أَنْ يَبِيعَ بَثَمَنِ المِثْلِ . جزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « الرِّعايةِ » ، و « الفائق ِ » ، وغيرِهم . قلتُ : فيُعايَى بها . وهي مَخْصوصَةٌ مِن مَفْهوم ِ كلام ِ المُصَنِّفِ وكلام غيرِه ، مِمَّن أَطْلَقَ . ولو باعَه بثَمَن مِثْلِه ، فزادَ عليه آخَرُ في مُدَّةِ الخِيارِ ، لم يَلْزَمْه الفَسْخُ . قال في « الرِّعايةِ » : قلتُ : ويَحْتَمِلُ لُزُومُه إنْ صحَّ بَيْعُه على بَيْع ِ أُخِيه . انتهى . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْح ِ » : ويَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَه ذلك . وقال في « الفُروع ِ » : وفبه وَجْهٌ ، يَلْزَمُه .

> قوله : وإنْ باعَ بأَكْثَرَ منه ، صَحَّ ، سَواءٌ كانَتِ الزِّيادَةُ مِن جنْس الثَّمَن الذي أَمَرَه به أو لم تَكُنْ . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحاب ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال في ﴿ التَّلْخِيصِ ۗ ﴾ : فأَظْهَرُ الاحْتِمالَيْنِ الصِّحَّةُ . قال القاضي : وهو المذهبُ . وقيل: إنْ كانتِ الزِّيادَةُ مِن جِنْسِ الثَّمَنِ ، صحَّ ، وإلَّا فلا . قال في

الشرح الكبير في بَيْع ِ شيءٍ بتَمَن ِ (١) ، مُعَيَّن ِ ، فباعَه بأَكْثَرَ منه ، صَحَّ ، قَلَّتِ [١٤٠/٤ و] الزِّيادَةُ أو كَثُرَتْ . وكذلك إن أطْلَقَ ، فباعَه بأكثرَ مِن ثَمَن المِثْلِ ؛ لأنَّه باع بالمأذُونِ فيه وزاد زِيادَةً تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه ، وسَواءٌ كانتِ الزِّيادَةُ مِن جِنْسِ الثَّمَنِ المَأْمُورِ به أو مِن غيرِ جِنْسِه ، كمَن أَذِنَ في البَيْعِ بمائة دِرْهَم ، فباعَه بمائة درْهَم ودينار أو تُوْب . وقال أصحابُ الشافعيّ : لا يَصِحُّ بَيْعُه بمائةٍ وثَوْبٍ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأَنَّه مِن غير جنْس الأَثْمانِ . ولنا ، أنُّها زيادَةٌ تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه ، أشْبَهَ ما لو باعَه بمائةٍ ودِينارٍ ، ولأنَّ الإِذْنَ في بَيْعِه بمائةٍ إِذْنٌ في بَيْعِه بزيادةٍ عليها عُرْفًا ؛ لأنَّ مَن رَضِيَ بمائةٍ لا يَكْرَهُ أَن يُزادَعليها ما يَنْفَعُه و لا يَضُرُّه ، ويَصِيرُ كالو وَكَّلَهُ في الشِّراء فاشْتَرَى بدُونِ ثَمَن المِثْل أو بدُونِ ما قَدَّرَ له .

٢٠٠٦ – مسألة : (وإن قال : بعه بدِرْهَم . فباعَه بدِينار ، صَحَّ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ) لأَنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ، فإنَّ مَن رَضِيَ بدِرْهَم رَضِيَ مَكَانَه دِينارًا ، فَجَرَى مَجْرَى بَيْعِه بمائةِ دِرْهَم ودِينارٍ ، على ما ذَكَرْنا في

« التَّلْخيصِ » : قال القاضى : ويَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ فِ الزِّيادَةِ مِن غيرِ الجِنْسِ بِحِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ .

قوله : وإنَّ قال : بعْه بدِرْهَم ، فباعَه بدِينار ، صَحَّ في أَحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحه في « المُذْهَب » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَب » ، و « النَّظْم » ، و (التَّصْحيح ِ) ، و (القواعِدِ الفِقْهيَّة ِ) . وجزَم بـ ه في [٢/ ١٥١ ط]

⁽١) سقط من : م .

المسألَةِ قبلَها . وقال القاضي : لا يَصحُّ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه خَالَفَ مُوَكِّلُه فِي الجِنْسِ ، أَشْبَهَ مَا لُو بَاعَه بِثَوْبِ يُسَاوِي دَيِنَارًا . فأمَّا إِن قال : بِعْه بمائة دِرْهَم . فباعَه بمائة تُوْبٍ قِيمَتُها أَكْثَرُ مِن الدَّرَاهِم ، أو بثَمانِين دِرْهَمًا وعِشْرِين ثَوْبًا ، لم يَصِحُّ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّها مِن غير (١) الأثمانِ ، ولأنَّه لم يُؤْذَنْ فيه لَفْظًا ولا عُرْفًا بخِلافِ بَيْعِه بدينارٍ .

فصل : فإن وَكَّلَه في بَيْع ِ عَبْدٍ بمائةٍ فباع بعضَه بها ، أو وَكَّلَه مُطْلَقًا فباع بعضَه بثَمَن الكلِّ ، جاز ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ، فإنَّ مَن رَضِيَ بمائةٍ ثَمَنًا للكلِّ ، رَضِيَ بها ثَمَنًا للبَعْض ، ولأنَّه حَصَّلَ له المائةَ وأَبْقَى له زيادَةً تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه . وله بَيْعُ النِّصْفِ الآخَر ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه ، فأشْبَهَ ما لو باع العَبْدَ كُلُّه بزِيادةٍ على ثَمَنِه ، ويَحْتَمِلُ أَن لا يَجُوزَ ؛ لأَنَّه قد حَصَّلَ للمُوَكِّلِ غَرَضَه مِن الثَّمَنِ ببَيْع ِ البعض ، فرُبَّما لا يَخْتارُ بَيْعَ باقِيه للغِنَى عن بَيعِه بما حَصَلَ له مِن ثَمَنِ البَعضِ . وهكذا لو وَكَّلَه في بَيْع ِ عَبْدَيْن بمائةٍ فباع أَحَدَهما بها ، صحَّ ؛ لِما ذكَرْنا . وهل له بَيْعُ الآخَرِ ؟ على

[«] الوَجيزِ » . وقدَّمه في « الشَّرْحِ ِ » ، و « الفائقِ » . والوَجْهُ الثَّاني ، لا يصِحُّ . الإنصاف انْحتارَه القاضي . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه في « المُغْنِي » ، وظاهِرُ ما قطَع به ابنُ عَبْدُوسِ ف « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقهما في « الهداية ِ » ، و « المُسْتَـوعِبِ » ، و ﴿ التَّلْخيصِ ِ » ، و ﴿ الفُّروعِ ِ » ، و ﴿ الرِّعايَتَيْنَ » ، و ﴿ الْحَاوِيَيْتِنَ » ، و « الكافي ».

⁽١) سقط من : م .

الله وَإِنْ قَالَ : بِعْهُ بِأَلْفٍ نَسَاءً . فَبَاعَهُ بِأَلْفٍ حَالَّةً ، صَحَّ ، إِنْ كَانَ لَا يَسْتَضِرُ بِحِفْظِ الثَّمَنِ فِي الْحَالِّ .

الشرح الكبير وَجْهَيْن . فأمَّا إِن وَكَّلَه في بَيْع ِ عَبْدِهِ بمائةٍ فباع بعضَه بأقَلَّ منها ، أو وَكَّلَه مُطْلَقًا فباع بعضَه بدُونِ ثَمَن الكلِّ ، لم يَصِحُّ . وبه قال الشافعيُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَجُوزُ فيما إذا أَطْلَقَ الوَكَالَةَ . بناءً على أَصْلِه في أنَّ للوَكِيلِ المُطْلَقِ البَيْعَ بما شاء . ولَنا ، أنَّ على المُوَكِّل ضَرَرًا في تَبْعِيضِه ، و لم يُوجَدِ الإِذْنُ فيه نُطْقًا ولا عُرْفًا ، فلم يَجُزْ ، كما لو وَكُّلُه فى شِراء عَبْدٍ فاشْتَرَى بعضَه [١٤٠/٤ ظ] .

٢٠٠٧ - مسألة : (وإن قال : بعْه بأَلْفِ نَساءً . فباعَه بأَلْفِ حالَّةٍ ، صَحَّ ، إن كان لا يَسْتَضِرُّ بحِفْظِ الثَّمَن في الحالِّ) إذا وَكَّلَه في بَيْع ِ سِلْعَةٍ نَسِيئَةً ، فباعَها نَقْدًا بدُونِ ثَمَنِها نَسِيئَةً ، أو بدُونِ ما عَيَّنَه له ، لَمْ يَنْفُذْ بَيْعُه ؛ لأَنَّه خالَفَ مُوَكِّلَه ، لكَوْنِه إِنَّما رَضِيَ بثَمَنِ النَّسِيئَةِ دُونَ

الإنصاف

فائدة : لو قال : اشْتَرِه بِمِائَةٍ ، ولا تَشْتَرِه بِخَمْسِين . صحَّ شِراؤُه بما بينَهما . وكذا بدُونِ الخَمْسِين . على الصَّحيح ِ . قدَّمه ابنُ رَزِين ٍ . وهو الصَّوابُ . وقيل : لا يَصِحُ بِدُونِ الخَمْسِينِ . وأَطْلَقهما في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ » ، و « الفُروع ِ » .

قوله : وإنْ قال : بِعْه بألُّف نَساءً ، فباعَه بألُّف حَالَّةً ، صَحَّ إِنْ كان لا يَسْتَضِرُّ بَجِفْظِ الثَّمَنِ فِي الْحَالِّ . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْنِ . صحَّحه في « الشَّرْحِ » ، و ﴿ النَّظْمِ ِ ﴾ . وجزَم به في ﴿ الوَجيزِ ﴾ . والوَجْهُ الثَّاني ، يصِحُّ مُطْلَقًا ما لم يَنْهَه .

النَّقْدِ . وإن باعَها نَقْدًا بِمِثْلِ ثَمَنِها نَسِيعَةً ، أو بما عَيَّنه مِن الثَّمْنِ ، فقال القاضى : يَصِحُ ؛ لأَنَّه زاده خَيْرًا ، فهو كما لو وَكَّله فى بَيْعِها بعَشَرَةٍ فباعَها باكْثَرَ منها(۱) والأوْلَى أن يُنْظَرَ (۱) فيه، فإن لم يكنْ له (۱) غَرَضٌ فى النَّسِيئة ، مَثَرَ منها(۱) والأوْلَى أن يُنْظَرَ (۱) فيها غَرَضٌ ، مثلَ أن يَسْتَضِرَّ بحِفْظِ التَّمَنِ صَحَّ ؛ لِما ذكر نا ، وإن كان له فيها غَرَضٌ ، مثلَ أن يَسْتَضِرَّ بحِفْظِ التَّمَنِ فى الحالِّ ، أو يُخافَ عليه مِن التَّلفِ أو المُتَعَلِّبِين ، أو يَتَغَير (۱) حاله إلى وَقْتِ الحُلُولِ ، أو نحو ذلك ، فهو كمن لم يُؤذن له ؛ لأنَّ حُكْمَ الإِذْنِ لا يَتناوَلُ المَسْكُوتَ عنه ، إلَّا إذا عُلِمَ أَنَّه فى المَصْلَحَةِ ، كالمَنْطُوقِ أو أكثَرَ ، فيكونُ الحُكْمُ فيه ثابِتًا بطَرِيقِ التَّبِيهِ أو المُماثلَةِ ، ومتى كان فى المَسْطُوقِ به غَرَضٌ صَحِيحٌ ، لم يَجُزْ تَفُويتُه ، ولا ثُبُوتُ الحُكْم في غيرِه المَسْطُوقِ به غَرَضٌ صَحِيحٌ ، لم يَجُزْ تَفُويتُه ، ولا ثُبُوتُ الحُكْم في غيرِه (وقد ذَكَر نحو هذا فى مَوْضِع آخَر الله .)

وهو المذهبُ . اختارَه القاضى . قال فى « الفُروعِ » ، و « المُذْهَبِ » ، الإنصاف و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : صحَّ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قال ابنُ رَزِين فى « نِهايَتِه » : صحَّ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قال ابنُ رَزِين فى « نِهايَتِه » : صحَّ فى الأَظْهَرِ . وقَدَّمه فى « الهِدايةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التُلخيصِ » . وقيل : لا يصِحُّ مُطْلَقًا . وأطْلَقهُنَّ فى « الرِّعايَتْين » ، و « الفائق » ، ويأتِي عَكْسُ هذه المَسْأَلَةِ فى كلام ِ المُصَنِّفِ قريبًا . قريبًا .

⁽١) في م : ﴿ مِن ثَمْنِهَا ﴾ . .

⁽٢) زيادة م*ن* : م .

⁽٣) بعده في م : ﴿ عن ﴾ .

⁽٤ – ٤) سقط من : م .

المنع وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاء ، فَاشْتَرَى بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْل ، أَوْ بِأَكْثَرَ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ ، أَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِدُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

٨٠٠٨ - مسألة : ﴿ وَإِنْ وَكُلَّهِ فِي الشِّراءِ ، فَاشْتَرَى بِأَكْثَرَ مِن ثَمَن المِثْلِ ، أو بأكْثَرَ ممّا قَدَّرَه له أو وَكَّلَه في بَيْع ِ شيءٍ ، فباع نِصْفَه بدُونِ ثَمَنِ الكلِّ ، لم يَصِحُّ) أمَّا إِذَا وَكَّلَه في الشِّراء ، فاشْتَرَى بأكْثَرَ مِن ثَمَن المِثْل مِمَّا لا يَتغابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِه ،(١)أُو أَكْثَرَ ممَّا قَدَّرَه له ، فحُكْمُه حُكْمُ مَن لَم يَؤْذَنْ لَه في الشِّراء ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ غيرُ مَأْذُونٍ فيه ، فهو كتَصَرُّفِ الأَجْنَبِيِّ . وأمَّاإِذا وَكَّلَه في بَيْع ِ شيءِ بثَمَن ِ مُعَيَّن ِ ، فباع بعضَه بدُونِ ثَمن الكلِّ ، لم يَصحُّ ؛ لأنَّه بيعٌ غيرُ مَأْذُونٍ فيه ، وكذلك إن وَكَّلَه مُطْلَقًا ، فباع بعضَه بدُونِ ثَمَن الكلِّ ، لم يَصِحُّ . وبه قال الشافعيُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وعندَ أبي حنيفةَ يَجُوزُ ؛ بناءً على أَصْلِه في أَنَّ للوَكِيلِ المُطْلَق الْبَيْعَ بِمَا شَاءٍ ، وقد ذَكَرْناه . وفي التَّبْعِيضِ إِضْرارٌ بِالْمُوَكِّلِ وتَشْقِيصٌ لمِلْكِه . فإن باع بعضه بثمن الكلِّ ، فيما إذا عيَّنَ له الثَّمَنَ ، أو وَكُّله مُطْلَقًا فباع بعضَه بثَمَنِ المِثْلِ لجمِيعِه ، صَحَّ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ،

قوله : وإِنْ وَكَّلَه فِي الشِّراءِ ، فاشْتَرَى بأَكْثَرَ مِن ثَمَنِ المِثْلِ ، أَو بأَكْثَرَ مِمَّا قَدَّرَه له ، لم يَصِحُّ . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْن . اخْتارَه القاضي في « الجامِع ِ » . وجزَم به في ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ ﴾ ، والشَّارِحُ ، وقال : هو كَتَصَرُّفِ الأَجْنَبِيِّ . واخْتارَه المُصَنِّفُ . قالَه ناظِمُ « المُفْرَداتِ » .

⁽١) من هنا إلى آخر المسألة سقط من : م .

فإنَّ مَن رَضِىَ مائةً ثَمَنًا للكلِّ ، رَضِىَ بها ثَمَنًا للنَّصْفِ ، ولأنه حَصَّلَ له المائة وأَبْقَى له زِيادَةً تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه . وله بَيْعُ الباقى منه ؛ لأنَّه مأذُونٌ فى بيعِه ، فأشبه ما لو باع العَبْدَ كلَّه بمِثْلَىْ ثَمَنِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجُوزَ ؛ لأنَّه قد خَصَّلَ للمُوكِّل غَرَضَهُ مِن الثَّمَن بِبَيْع النَّصْف ، فربَّما لا يُؤثِّرُ بَيْعُ باقِيه ، للغِنى عن بَيْعِه بما حَصَّلَ له مِن ثَمَن النَّصْف . وكذا لو وكله فى بيْع عَبْدَيْن بمائة ، فباع أحَدَهما بها ، صَحَّ . وهل له بَيْعُ الآخر ؟ على وَجْهَيْن .

الإنصاف

والوَجْهُ النَّانِي ، يصِحُ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه في « المُحْرَّ » ، و « الرِّعايتْين » ، و « الحاوِيْن » . وصحَّحه النَّاظِمُ . قال ناظِمُ « المُهْرَداتِ » : هو المَنْصوصُ ، وعليه الأكثرُ . انتهى . وذلك ؛ لأنَّ حُكْمه حكْمُ ما لو باعَ بلُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو بأَنقَصَ ممّا قدَّره له . ذكرَه الأصحابُ . وتقدَّم هناك ، أنَّ المذهبَ صِحَّةُ البَيْعِ ، فكذا هنا ؛ لأنَّ المَنْصوصَ في المَوْضِعَيْن الصَّحَّةُ ، وقدَّم هنا عدَمَها ؛ وعليه أكثرُ الأصحابِ . لكِنَّ المُصنِّفُ قدَّم هناك الصَّحَّة ، وقدَّم هنا عدَمَها ؛ فلذلك قال ابنُ مُنجَى : الفَرْقُ بينَ المَسْأَلَيْن على ماذكرَه المُصنِّفُ عَسِرٌ . انتهى . والذي يَظْهُرُ ، أنَّ المُصنِّفَ هناك إنَّما قدَّم تَبَعًا للأصحابِ ، وإنْ كان اختِيارُه مُخالِفًا له ، وهذا يقَعُ له كثيرًا . وقدَّم هنا نظرً الله ما اختارَه ، لا إلى الفَرْقِ بينَ المَسْأَلَيْن ، فإنَّ المُصنَّفُ عَسِرٌ . وأطَلَقَ الوَجْهَيْن في المَسْأَلَيْن واحِدٌ ، والحُكْمُ عندَه فيهما واحِدٌ . وأطْلَقَ الوَجْهَيْن في المَسْأَلَيْن في « الفُروعِ » . وظهر ممَّا تقدَّم ، أنَّ للأصحابِ في المَسْأَلَيْن ، فإنساوِي ، وهو الصَّحيحُ . والصَّحَةُ هناك ، وعدَمُها هنا . وهي طَرِيقَتُه في « المُسَتَوْعِب » ، و « ابن رَزِين » ، وهو ظاهِرُ كلام المُصَنِّفُ هنا . وذكر الزَّرْكَشِيُّ فيهما ثَلاثَةَ أَقُوالٍ ؛ ثَالِثُها الفَرْقُ ، وهو ما قاله المُصَنِّفُ في هذا الكِتابِ .

فصل: وإن وَكُله في بَيْع عِبِيدٍ أو شِرائِهم ، مَلَك العَقْدَ عليهم جملةً واحدةً ، وواحدًا [١٤١/٤ و] واحدًا ؛ لأنَّ الإِذْنَ يتناولُ العَقْدَ عليهم جملةً ، والعرفُ في بيعِهم وشرائِهم العَقْدُ على واحِدٍ واحِدٍ ، ولا ضَرَرَ في جَمْعِهم ولا إفرادِهم ، بخِلافِ ما لو وَكُله في شِراءِ عَبْدٍ فاشْتَرَى بعضه ، فإنَّه لا يَصِحُ ؛ لأنَّه يُفْضِي إلى التَّشْقِيصِ ، وفيه إضرارٌ بالمُوكلِ . فإن قال : اشْتَر لى عَبِيدًا صَفْقَةً واحِدةً . أو : واحِدًا واحدًا . أو : بِعْهم () . لم يَجُزْ مَخُالَفَتُه ؛ لأنَّ تَنْصِيصَه على ذلك يَدُلُّ على غَرَضِه فيه ، فلم يَتَناوَلُ لم يَجُزْ مَخُالَفَتُه ؛ لأنَّ تَنْصِيصَه على ذلك يَدُلُّ على غَرَضِه فيه ، فلم يَتَناوَلُ إذْ نُه سِواه . وإن قال : اشْتَر لى عَبْدَيْن صَفْقةً . فاشْتَرَى عَبْدَيْن لِاثْنَيْن مَشْرَكَةً بينَهما مِن وَكِيلِهما () ، أو مِن أحَدِهما بإذْنِ الآخرِ ، جاز . وإن مَن لكلً واحِدٍ منهما () عَبْدٌ مُفْرَدٌ ، فاشْتَرَى من المالِكَيْن بأن أوجبا له كان لكلٌ واحِدٍ منهما () عَبْدٌ مُفْرَدٌ ، فاشْتَرَى من المالِكَيْن بأن أوجبا له

الإنصاف

قوله: أو وَكُلَه في بَيْع ِ شيء ، فباغ نِصْفَه بدُونِ ثَمَنِ الكُلِّ ، لم يَصِحَّ . إذا وَكَلَه في بَيْع ِ شيء ، فباغ بعضَه ، فلا يَخلُو ؛ إمَّا أَنْ يَبِيعَ البعضَ بثَمَنِ الكُلِّ ، أَوْ لا ، فإنْ باعَه بثَمَنه كلّه ، صحَّ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهب ، وهو ظاهِرُ كلام المُصنّف ِ هنا . جزَم به في « المُغنِي » ، و « الشَّرْح ِ » ، و « الحاوِيْن » ، و « شَرْح ِ ابن مُنجَّى » ، و « الوَجيز » ، وغيرهم . وقدَّمه في « الفُروع ِ » وغيره . وقيل : لا يصحُّ . قدَّمه في « الفائق ِ » . وهو ظاهرُ ما قطع به في « الهِداية ِ » ، و « المُستَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَة ِ » ، وغيرهم . وظاهرُ ما قدَّمه في و « المُدَّمة في » و « المُدَّمة في » و « المُستَوْعِبِ » ، و « المُدَّمة في » وغيرهم . وظاهرُ ما قدَّمه في المُدَّمة في » و « المُدَّمة في » و « المُدْ ما قدَّمه في » و « المُدَّمة في » و « المُدْ ما قدَّمه في » و « المُدْ مِ مِ وَالْمِرُ مِ مَا قَدْمِهُ في هم مَنْ و « المُدْ مِ مِ وَالْمِرُ مَا قَدْمِه في » و « المُدْ المُدْ مِ مُ وَالْمِرُ مَا قَدْمِه في » و « المُدْ المُدْ وَالْمِرُ مِ المُدْ وَالْمَرْ مِ الْمُدْ وَالْمِرُ مِ المِ المُدْ وَالْمِرُ مِ الْمُدْ وَالْمِرُ مِ المُدْ وَالْمِرُ مَا قَدْمِه في « المُدْ المُدْ وَالْمِرُ مِ الْمُدْ وَالْمِرْ مِ المُدْ وَالْمِرُ مِ الْمُدْ وَالْمِرْ مِ المُدْ الْمُدْ وَالْمِرْ مِ الْمُدْ وَالْمُرْ مِ الْمُدْ وَالْمِرْ مِ الْمُدْ وَالْمِرُ مِ الْمِرْ مُ الْمِدُ الْمِرْمِ مِ الْمُدْ وَالْمِرْ مِ الْمُدْ وَالْمِرْمِ مِ الْمِرْمِ مِ الْمُدْ وَالْمِرْمُ الْمُدْ وَالْمُورُ مِ الْمُدْ وَالْمُرْمِ الْمُدْ وَالْمُرْمُ الْمُدْ وَالْمُرْمِ الْمُدْ وَالْمُ الْمُدْ وَالْمُرْمُ الْمُدْ وَالْمُرْمُ الْمُورُ الْمُدْ وَالْمُرْمُ الْمُدْ وَالْمُرْمُ الْمُرْمُ الْمُدْ وَالْمُرْمُ الْمُدْمِ الْمُرْمُ الْمُدُونُ الْمُدُ

⁽١) بعده في م : ﴿ لَي ﴾ .

⁽۲) فی ر۱ ،م: « وکیلیهما » .

⁽٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

البَيْعَ فيهما وقبل ذلك منهما بلَفْظ واحد ، فقال القاضى : لا يَلْزَمُ المُوكِلُ . وهو مَذْهَبُ الشافعيّ ؛ لأن عَقْدَ الواحِد مع الاثنَيْن عَقْدانِ . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه ؛ لأنَّ القَبُولَ هُو الشِّراءُ ، وهو مُتَّحِدٌ والغَرَضُ لا يَخْتَلِفُ . وإنِ اشْتَراهما مِن وَكِيلِهِمَا () ، وعَيَّنَ ثَمَنَ كلِّ واحِد منهما ، مثل أن يقول : بغتُك هَذَيْن العَبْدَيْن ، هذا بمائة وهذا بتَمانِين . فقال : قَبِلْتُ . احْتَمَلَ أيضًا وَجْهَيْن . وإن لم يُعيِّن الثَّمَنَ لكلِّ واحِد ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لجَهالَة الثَّمَن . وفيه وَجْه ، أنَّه يَصِحُّ ، ويُقَسَّطُ () الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهما . وقد ذُكِر ذلك في تَفْرِيقِ الصَّفْقَة . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

« الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْم » ، وغيرهم . قلتُ : وهذا القَوْلُ ضَعيفٌ . فعلى المُذهب ، يجوزُ له بَيْعُ الباقِي . على الصَّحيح مِنَ المذهب . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْح » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرهم . وصحَّحه في « الفُروع » ، و « الفائق » . ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يجوزَ . وإنْ باعَ البعضَ بدُونِ ثَمَنِ الكُلِّ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يَبِيعَ الباقِي ، أَوْ لا ؛ فإنْ باعَ الباقِي ، صحَّ البَيْعُ ، وإلَّا الكُلِّ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يَبِيعَ الباقِي ، أَوْ لا ؛ فإنْ باعَ الباقِي ، صحَّ البَيْعُ ، وإلَّا لم يصِحَّ . على الصَّحيح مِنَ المذهب فيهما . قدَّمه في « الفُروع » . وجزَم به في « المُستَوْعِب » ، وقال : نصَّ عليه . قال في « التَّلْخيص » : والذي نقلَه الأصحابُ في ذلك ، أنَّه لا يصِحُّ إذا لم يَبع الباقِي ؛ دَفْعًا لضَرَر المُشارَكَة بما بَقِي . وقوْلُهم : إذا لم يَبع الباقِي . يدُلُّ على أنَّه إذا باعَه ينْقَلِبُ صَحيحًا . وفيه عندي وقوْلُهم : إذا لم يَبع الباقِي . يدُلُّ على أنَّه إذا باعَه ينْقَلِبُ صَحيحًا . وفيه عندي نظرٌ . انتهي . وقيل : لا يصِحُّ مُطْلَقًا . وهو ظاهِرُ ما قطَع به في « الهداية » ، في « المُذْهَب » ، و « الخُلاصَة » ، وغيرهم . وقدَّمه في « الرِّعايةِ الكُبْرى » . و « المُذْهَب » ، و « الخُلاصَة » ، وغيرهم . وقدَّمه في « الرِّعاية الكُبْرى » .

⁽١) في م : (وكيليهما) .

⁽٢) في الأصل : ﴿ يسقط ﴾ .

الشرح الكبير

٩ • • ٢ - مسألة : وإن وَكَّلَه في شِراءِ شيءٍ نَقْدًا بثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، فَاشْتَرَاه بِهِ مُوِّجَّلًا ، صَحَّ . ذكَرَه القاضي ؛ لأنَّه زاده خَيْرًا ، فأشْبَهَ ما لو وَكُّلَه فِي الشِّراء بمائة مِ ، فاشْتَرَى بدُونِها . ويَحْتَمِلُ أَن يُنْظَرَ فِي ذلك ، فإن كان فيه ضَرَرٌ نحوَ (١) أن يَسْتَضِرُ بَبَقاء النَّمن معه ونحوَ ذلك ، لم يَجُزْ . ولأَصْحابِ الشافعيِّ في صِحَّةِ الشِّراء وَجْهان .

• ١ • ٢ - مسألة : وإن (قال : اشْتَرِ لي شاةً بدِينارٍ . فاشْتَرَى)

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن مَحَلِّ الخِلافِ فيما تقدُّم ، ومِن عُموم كلام المُصَنُّفِ ، لُو وَكُّلَهُ فِي بَيْعٍ عَبِيدٍ ، أَو صُبْرَةٍ ، ونحوهما ، فإنَّه يجوزُ له بَيْعُ كلِّ عَبْدٍ مُنْفَرِدًا ، وَبَيْعُ الْجَمِيعِ صَفْقَةً واحِدَةً ، [٢/٢٥١ و] وَبَيْعُ بعضِ الصُّبْرَةِ مُنْفَرِدَةً ، وبَيْعُها كلُّها جُمْلَةً واحْدَةً . قالَه الأصحابُ ، إنْ لم يَأْمُرُه بَيْئِعِها صَفْقَةً واحدةً .

تنبيه : قُوْلِي عَن كلامِ المُصَنِّفِ : بدُونِ ثَمَنِ الكُلِّ . هو في بعض النُّسَخِ ، وعليها شرَح الشَّارِحُ . وفي بعضِها ، بإسْقاطِها ، تَبَعَّا لأبِي الخَطَّابِ ، وعليها شرَح ابنُ مُنَجَّى ، لكِنْ قيَّدها بذلك مِن كلامِه في « المُغنِي » .

قوله : وإنِ اشْتَراه بما قَدَّرَه له مُؤَّجَّلًا ، صحَّ . وهو المذهبُ مُطْلَقًا . قال في « الفُروعِ » : صحَّ في الأصحِّ . وجزَم به في « شَرْحِ ابن ِ مُنَجَّى » . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْح ِ » . وجزَم به في « الهداية ِ » ، و « الخُلاصَة ِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » . وصحَّحه في « النَّظْم ِ » . وقيل : لا يصِحُّ إِنْ حَصَلَ ضَرَرٌ ، وإلَّا صحَّ . وهو احْتِمالٌ في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ .

⁽١) في الأصل : ﴿ يَجُوزُ ﴾ .

فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ تُسَاوِى إِحْدَاهُمَا دِينَارًا ، أَوِ اشْتَرَى شَاةً تُسَاوِى اللَّهَ وَيِنَارًا ، أَوِ اشْتَرَى شَاةً تُسَاوِى اللَّهَ وَيِنَارًا بِأَقَلَّ مِنْهُ ، صَحَّ ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ .

له (شاتَيْن تُساوِی إِحْداهما دِينارًا ، أو اشْتَرَی) له (شاةً تُساوِی دِینارًا الشرح الکیر باقلً منه ، صَحَّ ، وإلَّا لَم یَصِحَّ) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّه إذا وَکَلَه فی شِراءِ شاةٍ بدِینار ، فاشْتَرَی شاتَیْن تُساوِی کُلُّ واحِدةٍ منهما أقلَّ مِن دِینار ، لم یَقَعْ للمُوکِّل . وإنْ کانت کُلُّ واحدةٍ منهما تساوی دینارًا ، أو إحْدَاهما تُساوی دینارًا اوالاً خُرَی أقلَّ منه ، صحَّ ولَزِم الموکِّل . وهذا المَشْهُورُ مِن مَذَهَبِ دینارِ الشافعیّ . وقال أبو حنیفة : یَقَعُ للمُوکِّل إِحْدَی الشّاتیْن بنِصف دِینارِ والاً خُرَی للوکِل ؛ لأنَّه لم یَرْضَ إلَّا ('' بالْزامِه عُهْدَة شاةٍ واحِدَةٍ . ولنا ، أنَّ النبیَّ عَلَیْتُهُ أَعْطَی عُرْوَة بَنَ الجَعْدِ البارِقَّ دِینارًا ، فقال : « اشْتَر ولنا ، أنَّ النبیَّ عَلَیْتُ ا ؛ ۱۶۱۶ هـ عالجَدُب ، فاشتَریْتُ شاتیْن بدِینار ، فقال : « اشْتَر فخیتُ البارِقَ دِینارًا ، فقال : « اشْتَر فخیتُ البارِقُ دِینارًا ، فقال : « اشْتَر فخیتُ البارِقُ مِینار ، فقال : « الشَّر فخیتُ البارِقُ والطَّریقِ فساوَمَنی ، فَیغْتُ منه منه شاةً بدِینار ، فأتَیْتُ النبیَّ عَلِیْتُهُ بالدِینارِ وبالشّاةِ فقلتُ : یا رسولَ اللهِ منه منه شاةً بدِینار کم وهذه شاتُکم . فقال : « وصَنَعْتَ کَیْفَ ؟ » فحدَّثُهُ هذا دینارُکم وهذه شاتُکم . فقال : « وصَنَعْتَ کَیْفَ ؟ » فحدَّثُهُ هذا دینارُکم وهذه شاتُکم . فقال : « وصَنَعْتَ کَیْفَ ؟ » فحدَّثُهُ

وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . فالأُوَّلُ ضَعيفٌ . وأَطْلَقهما فى الإنصاف « الرِّعايةِ الكُبْرى » .

قوله : وإنْ قال : اشْتَرِ لَى شاةً بدِينارِ ، فاشْتَرَى له شاتَيْن تُساوِى إِحْداهما دِينارًا ، أو اشْتَرَى شاةً تُسَاوِى دِينارًا بأَقَلَّ منه ، صَحَّ – وكان للمُوكِّل ِ – وإلَّا لم يَصِحَّ .

⁽١) سقط من :م .

الشرح الكبير الحديث ، قال : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ في صَفْقَةِ يَمِينِهِ ، (١) ولأنه حَصَّلَ له (٢) المَأْذُونَ فيه وزِيادَةً مِن جِنْسِه تَنْفَعُ ولا تَضُرُّ ، فَوَقَعَ ذلك له ، كما لو قال : بِعْه بدينارٍ . فباعَه بدِينارَيْن ، وما ذَكَره يَبْطُلُ بالبَيْع ِ . فإن باع الوَكِيلُ إِحْدَى الشَّاتَيْنِ بغيرِ أَمْرِ المُوكِّلِ ، ففيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّه باع مالَ مُوَكِّلِه بغيرِ إِذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كَبَيْع ِ الشَّاتَيْنِ . والثاني ، إن كانتِ الباقِيةَ تَساوِي دِينارًا ، جاز ؛ لحديثِ عُرْوَةَ ، "ولأنَّه"؛ حَصَّلَ له المَقْصُودَ ، والزِّيادَةُ لو كانت غيرَ الشاةِ ، جاز ، فجاز له إبْدالُها بغيرها . وهذا ظاهِرُ كَلام أَحمدَ ؛ لأنَّه أَخَذَ بحديثِ عُرْوَةَ وذَهَبِ إليه . وإذا قُلْنا : لا يَجُوزُ له بَيْعُ الشَّاةِ . فباعهَا ، فهل يَبْطُلُ البَيْعُ ، أو يَصِحُّ وَيقِفُ على إِجَازَةِ المُوَكِّلِ ؟ على رِوايَتَيْن . وهذا أَصْلٌ لكلِّ تَصَرُّفٍ في مِلْكِ الغير بغير إِذْنِه وَوَكِيلِ خَالَفَ مُوَكِّلَه ، فيه الرِّوايَتان . وللشافعيِّ في صِحَّة (١٠) البَيْع ِ هـٰهُنا^(٥) وَجْهان .

يغْنِي ، وإنَّ لم تَساوِ إحْداهما دِينارًا ، لم يصِحُّ . وهذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ . وفي ﴿ المُبْهِجِ ﴾ روايَةٌ في المَسْأَلَةِ الأُولَى ، أنَّه كَفُضُولِيٌّ . وقال في « عُيونِ المَسائلِ » : إنْ ساوَتْ كلُّ واحِدَةٍ منهما نِصْفَ دِينارٍ ، صحَّ للمُوكِّلِ لا للوَكِيلِ ، وإنْ كَانَتْ كُلُّ واحِدَةٍ منهما لا تُساوِي نِصْفَ دِينارٍ ، فرِوايَتان ؛

⁽١) تقدم تخريجه في ١١/٥٥.

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣ - ٣) في الأصل: وولا ، .

⁽٤) سقط من: الأصل.

⁽٥) في ر، ق: (كههنا) .

الشرح الكبير

فصل : وإذا وَكُله في شِراءِ عَبْدِ مُعَيَّنِ عِمائة ، فاشْتَراهُ عِمادُونَها ، صَحَّ ، وَلَزِمِ المُوكِّلَ ؛ لأَنَّه مأذُونَ فيه عُرْفًا . وإن قال : لا تَشْتَرِه بدُونِ المائة . فخالَفَه ، لم يَجُزْ ؛ لأَنَّه خالَفَ نَصَّه ، وصَرِيحُ قَوْلِه مُقَدَّمٌ على دَلالةِ فخالَفَه ، لم يَجُزْ ؛ لأَنَّه خالَفَ نَصَّه ، وصَرِيحُ قَوْلِه مُقَدَّمٌ على دَلالةِ العُرْفِ . وإن قال : اشْتَرِه بمائة ، ولا تَشْتَرِه بخَمْسِين . جاز له شِراؤُه عما فوقَ الخَمْسِين ؛ لأنَّ إذَنه في الشِّراءِ بمائة دلَّ عُرْفا على الشِّراءِ بما دُونَها ، خَرَج منه الخَمْسُون بصَرِيحِ النَّهْي ، بقِي قيما فوقَها على مُقْتَضَى الإِذْنِ ، خَرَج منه الخَمْسُون بصَرِيحِ النَّهْي ، بقِي قيما فوقَها على مُقْتَضَى الإِذْنِ ، فإن اشْتَراه بما دُونَ الخَمْسِين ، جاز في أَحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لذلك ، ولأنَّه لم يُخالِفْ صَرِيحَ نَهْيه ، أَشْبَهَ ما زاد عليها . والثانى ، لا يَجُوزُ ؛ لأَنَّه نَهاه عن الخَمْسِين اسْتِقْلالًا لها ، فكان تَنْبِيهًا على النَّهْي عما دُونَها ، كَاأَنَّ الإِذْنَ في الشِّراءِ بمائة إِذْنٌ فيما دُونَها ، فكان تَنْبِيهًا على النَّهْي عما دُونَها ، كَاأَنَّ الإِذْنَ في الشِّراءِ بمائة إِذْنٌ فيما دُونَها ، فجرَى ذلك () مَجْرَى صَرِيح نَهْيه ، في الشِّراءِ بمائة إِذْنٌ فيما دُونَها ، فجرَى ذلك () مَجْرَى صَرِيح نَهْيه ، في الشِّراءِ بمائة إِذْنٌ فيما دُونَها ، فجرَى ذلك () مَجْرَى صَرِيح نَهْيه ،

إحْداهما ، يَقِفُ على إجازَةِ المُوكِّلِ . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، الإنصاف و « الحاوِيَيْن » : وقيل : الزَّائِدُ على الثَّمَنِ والمُثَمَّنِ المُقَدَّرَيْن للوَكِيلِ . فعلى المُشَاتَيْن بغيرِ إِذْنِ المُوكِّلِ ، فقيلَ : يصِحُّ إِنْ كانتِ الباقِيَةُ المُناوِى دِينارًا ؛ لحَدِيثِ عُرْوَةَ (٢) . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ؛ لأنَّه أخذ بحَديثِ عُرْوَةَ . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : لا يصِحُّ مُطْلَقًا . وأطْلَقهما فى « المُغنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يصِحُّ مُطْلَقًا . ذكرَه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » وقدَّمه . وقال

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) تقدم تخريجه فى : ١١/٥٩ .

الشرح الكبير فإنَّ تَنْبيهَ الكَلام كَنَصِّهِ . فإن قال : اشْتَره بمائة دينار . فاشْتَراه بمائة دِرْهم ، فالحُكْمُ فيه كما لو قال : بِعْه بدِرْهُم . فباعَه بدِينار ، على ما مَضَى . وإن قال : اشْتَر لي نِصْفَه بمائة ٍ . فاشْتَراه كلُّه أو أَكْثَرَ مِن نِصْفِه بمائةٍ ، جاز ؛ لأنَّه مأذُونٌ فيه عُرْفًا . وإن قال : اشْتَرِ لى نِصْفَه بمائةٍ ولا تَشْتَره جَمِيعَه . فاشْتَرى أَكْثَرَ مِن النِّصْفِ وأَقَلَّ مِن الكُلِّ بمائةٍ ، صَحَّ في قِياس المَسْأَلَةِ التي قبلَها ؛ لكَوْنِ دَلالةِ العُرْفِ قاضِيةً بالإِذْنِ في شِراءِ كُلِّ ما زاد على النَّصْفِ ، خَرَج الجَمِيعُ بصَرِيحِ [١٤٢/٤ و] نَهْيه ، ففيما عَداه يَنْقَى على مُقْتَضَى الإذْنِ .

فصل : وإن وَكَّلَه في شِراء عَبْدٍ مَوْصوفٍ بمائةٍ ، فاشْتَرَاه على الصِّفَةِ بدونِها ، جَازَ ؛ لأنَّه مأذُونٌ فيه عُرْفًا . وإن خَالفَ في الصِّفةِ ، أو اشْتَراه بأَكْثَرَ منها ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ . وإن قال : اشْتَرِ لي عَبْدًا بمائةٍ ، فاشْتَرَى عبدًا يُساوِي مائةً بدُونِها ، جازَ ؛ لأنَّه لو اشْتَراه بمائةٍ جاز ، فإذا اشْتَراه بدُونِها فقد زاده خَيْرًا ، فَيَجُوزُ . وإن كان لا يُساوِي مائةً ، لم يَجُزْ وإن ساوَى أَكْثَرَ ممَّا اشْتَراه به ؛ لأنَّه خالَفَ أَمْرَه ، و لم يُحَصِّلْ غَرَضَه .

الإنصاف في ﴿ الفائِدَةِ العِشْرِينِ ﴾ : لو باعَ إحداهما بدُونِ إذْنِه ، ففيه طَرِيَقان ؛ أحدُهما ، يُخَرَّجُ على تَصَرُّفِ الفُضُولِيِّ . والثَّاني ، أنَّه صحيحٌ ، وَجْهًا واحِدًا . وهو المَنْصوصُ.

المقنع

۱۱۰۲ – مسألة: (وليس له شِراءُ مَعِيبٍ ، فإن وَجَد بما اشْتَراه السرح الكبر عَيْبًا ، فله رَدُّه) إذا وَكَّله في شِراءِ سِلْعَةٍ مَوْصُوفَةٍ ، لم يَجُزْ أَن يَشْتَرِ يَها (') إلَّا سَلِيمَةً (') ؛ لأَنَّ إطْلاقَ البَيْعِ يَقْتَضِى السَّلامَة ، ولذلك جاز له الرَّدُّ بالعَيْب . فإنِ اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، لم يَلْزَم المُوكِّل ؛ لأَنَّه اشْتَرَى له ما لم يَأْذَنْ فيه . وإن لم يَعْلَمُ ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لأَنَّه إنَّما يَلْزَمُه شِراءُ صَحِيحٍ في الظّاهِرِ ، لعَجْزِه عن التَّحَرُّزِ عن شِبراءِ مَعِيبٍ لا يَعْلَمُ عَيْبَه ، فإذا عَلِم عَيْبَه ، مَلَك رَدَّه ؛ لأَنَّه قائِمٌ مقامَ المُوكِّل ، وللمُوكِّل رَدُّه أيضًا ؛ لأَنَّه عَيْبَه ، مَلَك رَدَّه ؛ لأَنَّه عَيْبَه ، ولمَا اللَّهُ عَيْبَه ، فإذا عَلِم

قوله: وليس له شِراءُ مَعِيب . بلا نِزاعٍ . فإنْ فعَل ، فلا يَخْلُو ؟ إمَّا أَنْ يكونَ الإنصاف جاهِلًا أو عالِمًا ، فإنْ كان جاهِلًا به فيأتيى . وإنْ كان عالِمًا ، لَزِمَ الوَكِيلَ ما لم يَرْضَ المُوكِّلُ ، وليس له ولا لمُوكِّلِه رَدُّه . وإنِ اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ ، فكشِراءِ فُضُولِيٍّ . وهذا المذهبُ في ذلك كله ، وعليه الأصحابُ . وقال الأَزجِيُّ : إنِ اشْتَراه مع عِلْمِه بالعَيْبِ ، فهل يقَعُ عن المُوكِّلِ ؟ لأنَّ العَيْبَ إنَّما يُخافُ منه نَقْصُ المَالِيَّةِ – فإذا كان مُساوِيًا للثَّمَنِ ، فالظَّاهِرُ ، أَنَّه يَرْضَى به – أم لا يقَعُ عن المُوكِّلِ ؟ فيه وَجُهان .

قوله: وإنْ وجَد بما اشْتَرَى عَيْبًا ، فله الرَّدُّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ولم يَضْمَنْه . وقال الأَزَجِىُّ : إنْ جَهِلَ عَيْبَه ، وقدِ اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ ، فهل يقَعُ عن المُوكِّل ؟ فيه خِلافٌ . انتهى . وله رَدُّه وأخْذُ سَليم بدَلَه ، إذا لم يُعَيِّنُه المُوكِّلُ ، على ما يأتِي قرِيبًا .

⁽١) في م : (يشترى بها) .

⁽٢) بعده في م : ﴿ مِن الْعِيوبِ ﴾ .

الشرح الكبير مَلَكَه . فإن حضَرَ قبل رَدِّ الوَكِيلِ (۱) ، ورَضِى بالعَيْب ، لم يكن للوَكِيلِ رَدُّه ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، بخِلافِ المُضارِب ، فإنَّ له الرَّدَّ وإن رَضِى رَبُّ المَالِ ؛ لأنَّ له حقًّا فلا يَسْقُطُ برِضا غيرِه ، وإن لم يَحْضُرْ ، فأراد الوَكِيلُ الرَّدَّ ، فقال له البائعُ : تَوقَّفْ حتى يَحْضُرَ المُوكِلُ ، فرُبَّما رَضِى بالعَيْب . الرَّدَّ ، فقال له البائعُ : تَوقَّفْ حتى يَحْضُرَ المُوكِلُ ، فرُبَّما رَضِى بالعَيْب . لم يَلْزَمْه ذلك ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ فَواتَ الرَّدِّ بهَرَبِ البائعِ ، وفواتَ الثَّمَن بتَلَفِه ، فإن أَخَرَه بِناءً على هذا القولِ ، فلم يَرْضَ به المُوكِلُ ، فله الرَّدُ ، وإن رَضِى المُوكِلُ ، فله الرَّدُ ، وإن رَضِى المُوكِلُ . فله الرَّدُ ، مَا فَطُ الرَّدُ على الفَوْرِ ؛ لأنَّه أَخْرَه بإذْنِ البائِع فيه . وإن رَضِى المُوكِلُ . مَا مَا سَقَط الرَّدُ . .

٠ ١ ٠ ٢ - مسألة : (فإن قال البائِعُ : مُوَكِّلُك قد رَضِيَ بالعَيْبِ .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحداهما ، لو أَسْقَطَ الوَكِيلُ خِيارَه ، فحضَر مُوكِلُه ، فرَضِيَ به ، لَزِمَه ، وإلَّا فله رَدُّه . على الصَّحيح مِنَ المذهب . قدَّمه في « الفُروع ِ » . وقال في « المُغْنِي » (۱) : وله رَدُّه على وَجْه ِ . الثَّانيةُ ، لو ظهَر به عَيْبٌ ، وأَنْكَرَ البائعُ أنَّ الشِّراءَ وقع للمُوكِل ، لَزِمَ الوكِيل ، وليس له رَدُّه . على الصَّحيح مِنَ المذهب . الشَّراءَ وقع للمُوكِل ، لَزِمَ الوكِيل ، وليس له رَدُّه . على الصَّحيح مِنَ المذهب . جزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْح ِ » . وقدَّمه في « الفُروع ِ » . وقيل : يَلْزَمُ المُوكِيلَ ، وله أَرْشُه ، فإنْ تَعَذَّرَ مِنَ البائع ِ ، لَزِمَ الوَكِيلَ .

قوله: فإنْ قالَ البائعُ: مُوَكِّلُك قد رَضِىَ بالعَيْبِ. فالقَوْلُ قَوْلُ الوَكِيلِ مع يَمِينِه أَنَّه لا يَعْلَمُ ذلك. وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ. وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم. وقدَّمه في

⁽١) في الأصل : ﴿ المُوكُلُ ﴾ .

⁽٢) انظر : المغنى ٧/ ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ . فَإِنْ رَدَّهُ ، فَصَدَّقَ الْمُوَكِّلُ الْبَائِعَ فِي القنع الرِّضَا بِالْعَيْبِ ، فَهَلْ يَصِحُّ الرَّدُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْن .

فالتمولُ قولُ الوَكِيلِ مع يَمِينِه أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك) لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الرِّضا ، الشرح الكبع فلا يُقْبَلُ قُولُه إِلَّا ببيِّنَةٍ ، فإن لم يُقِمْ بيِّنَةً لم يُسْتَحْلَفِ الوَكِيلُ ، إِلَّا أَن يَدَّعِيَ حَمِلْمَه ، فيحلفَ على نَفْي العِلْم . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةً في روايَةٍ : لا يُسْتَحْلَفُ ؟ لأنَّه لو حَلَف كان نائِبًا في اليَمِينِ . وليس بصَحِيحٍ ؛ فإنَّه لا نِيابَةَ هـٰهُنا ، فإنَّه إنما يَحْلِفُ على نَفْي عِلمِه ، وهذا لا يَنُوبُ فيه عن أَحَدٍ . ولو اشْتَرَى المُضارِبُ مَعِيبًا ، صَحُّ ؛ لأَنَّ المَقْصُودَ منها الرِّبْحُ ، وهو يَحْصُلُ مع العَيْبِ ، بخِلافِ الوَكِيلِ ، فإنَّه قد يكونُ غَرَضُ المُوَكِّلِ القُنْيَةَ والانْتِفاعَ ، والعَيْبُ يَمْنَعُ بعضَ ذلك .

> [١٤٢/٤ ظ] ٢٠١٣ – مسألة : (فإن رَدَّه ، فَصَدَّقَ المُوَكِّلُ البائِعَ في الرِّضا بالعَيْبِ ، فهل يَصِحُّ الرَّدُّ ؟ على وَجْهَيْن) أَحَدُهما ، لا يَصحُّ ،

« الفُروع ِ » وغيره . وقيل : يَقِفُ الأَمْرُ على حَلِف مُوكِّلِه ، وللحاكِم إِلْزامُه حتى الإنصاف " يَحْضُرَ مُوَكِّلُه .

> فائدتان ؛ إحْداهما ، مِثْلُ ذلك خِلافًا ومذهبًا ، قَوْلُ غَرِيم لِوَكِيل ِ غائبٍ ، ف قَبْض حَقِّه : أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُك . أو قَبَضَه . ويُحْكَمُ عليه بَبَيِّنةٍ إِنْ حُكِمَ على غائب . الثَّانيةُ ، لو ادَّعَى الغَريمُ أنَّ المُوَكِّلَ عزَل الوَكِيلَ في قَضاءِ الدَّيْنِ ، أو ادَّعَى مَوْتَ المُوَكِّلِ، حلَف الوَكِيلُ على نَفْيِ العِلْمِ، في أَصَحُّ الوَجْهَيْنِ. وقدَّمه في ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِيَيْنِ ﴾ . وقيل : يُقْبَلُ قَوْلُه مِن غيرِ يَمِينٍ .

قوله : فإنْ رَدُّه ، فَصَدَّقَ المُوَكِّلُ البائِعَ في الرِّضَا بالعَيْبِ ، فهل يَصِحُّ الرَّدُّ ؟

الشرح الكبير وللمُوَكِّلِ اسْتِرْجاعُه ، وللبائع ِ رَدُّه عليه ؛ لأنَّ رضاه به عَزْلٌ للوَكِيل عن الرَّدِّ ، بدَليلِ أَنَّه لو عَلِمَهُ(١) ، لم يكن له الرَّدُّ . والثاني ، يَصِحُّ الرَّدُّ ، بناءً على أن(١) الوَكِيلَ لا يَنْعزِلُ قبلَ العِلْمِ بالعَزْلِ . فإن رَضِيَ الوَكِيلُ المَعِيبَ ، أو أمْسَكَه إمساكًا يَنْقَطِعُ به الرَّدُّ ، فحَضَرَ المُوَكِّلُ فأراد الرَّدَّ ، فله ذلك على الوَجْهِ الأوَّل إِن صَدَّقَ البائعُ المُوكِّلُ أَنَّ الشِّراءَله ، أو قامت به بَيِّنَةٌ ، وإن كَذَّبه و لم يكنْ بَيِّنَةٌ ، فَحَلَفَ البائِعُ أَنَّه لا يَعْلَمُ أَنَّ (٢) الشِّراءَ له ، فليس له رَدُّه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ مَن اشْتَرَى شيئًا فهو له ، ويَلْزَمُ الوَكِيلَ ، وعليه غَرامَةُ الثَّمَنِ . وهذا كلُّه مَذْهَبُ الشافعيِّ . وقال أبو حنيفة : للوَكِيل شِراءُ المَعِيب ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ في البَيْع ِ مُطْلَقًا يَدْخُلُ المَعِيبُ في إطْلاقِه ، ولأنَّه أمِينٌ في الشِّراء فجاز له ذلك ، كالمُضارب . ولَنا ، أنَّ البَيْعَ باإِطْلَاقِه يَقْتَضِي الصَّحِيحَ دُونَ المَعِيبِ ، فكذلك الوَكَالَةُ فيه ، ويُفارِقَ المُضارَبَةَ مِن حيثُ إِنَّ المَقْصُودَ فيها الرِّبْحُ ، وهو يَحْصُلُ مِن

الإنصاف على وَجْهَيْن . وأَطْلَقهما في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و ﴿ الْخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ ابـنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروع ِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ الرَّدُّ ، وهو باقٍ للمُوَكُلِ . وهو المذهبُ . صحَّحه في « التَّصْحيحِ » . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « المُغْنِي » . والثَّاني ، يصِحُّ ، فيُجَدِّدُ المُوَكِّلُ العَقْدَ . صحَّحه في « النَّظْمِ » . وجزَم به في « الوَجيزِ » . قال المُصَنَّفُ ، والشَّارِحُ :

⁽١) في الأصل: « أعلمه » .

⁽٢) سقط من: الأصل.

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ مُعَيَّنِ ، فَاشْتَرَاهُ وِ ١٢١عَ ، وَوَجَلَهُ مَعِيبًا ، اللَّهُ وَكُلُهُ وَ الله الله الله الله وَخُهَيْن ِ . فَهَلْ لَهُ رَدُّهُ قَبْلَ إِعْلَامِ الْمُوكِّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْن ِ .

المَعِيبِ كَحُصُولِه مِن الصَّحِيح ، بخِلافِ الوَكالَةِ ، فإنَّه قد يكونُ الشرح الكبر المَقْصُودُ بها القُنْيَةَ ، أو يَدْفَعُ بها حاجَةً يكونُ المَعِيبُ مانِعًا منها ، فلا يَحْصُلُ المَقْصُودُ . وقد ناقضَ أبو حنيفة قَوْلَه ؛ فإنَّه قال في قَوْلِه تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَبُّهَ إِنَّهُ قال في قَوْلِه تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَبُهُ وَلَا مَعِيبَةٌ عَيْبًا يَضُرُّ بالعَمَلِ . وقال هَلْهُنا : يَجُوزُ للوَكِيل شِراءُ الأَعْمَى والمُقْعَدِ ومَقْطُوعِ اليَدَيْنِ والرِّجْلَيْن .

١٤٠ - مسألة : (وإن وَكَّلَه فى شِراءِ مُعَيَّن ، فاشْتَراه فَوَجدَه معِيبًا ، فهل له رَدُّه قبلَ إعْلامِ المُوَكِّلِ ؟ على وَجْهَيْن) أَحَدُهما ، له الرَّدُ ؟

يصِحُّ الرَّدُّ ، بِناءُ (٢) على أنَّ الوَكِيلَ لا يَنْعَزِلُ قبلَ عِلْمِه . وقال أبو المَعالِى فى الإنصاف (النِّهايَةِ » : يَطَّرِدُ رِوايَتان مَنْصوصَتان [٢/ ١٥٢ ظ] فى اسْتِيفاءِ حَدُّ وقَوْدٍ وغيرِهما مِنَ الحُقوقِ ، (٣ مع غَيبَةِ المُوكِّلِ ، وحُضورٍ وَكِيلِه ٢ . وحَكاهما غيرُه فى حَدُّ وقَوْدٍ على ما تقدَّم .

فائدة : رضَى المُوَكِّلِ الغائبِ بالمَعِيبِ عَزْلٌ لُوَكِيلِه عن رَدِّه .

قُوله: وإنْ وَكُلّه في شِراءِ مُعَيَّن ، فاشْتَراه ، ووجَدَه مَعِيبًا ، فهل له الرَّدُّ قبلَ إعْلامِ المُوكِّل ِ؟ على وجْهَيْن . وَأَطْلَقهما في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

⁽١) سورة المجادلة ٣ .

⁽٢) زيادة من : ١ .

⁽٣ – ٣) في الأصل ، ط : ﴿ وَمَعَ غَيْبَةَ الْمُوكُلُ وَحَضُورَ ﴾ .

الشرح الكبير لأنَّ الأمْرَ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ ، أَشْبَهَ ما لو وَكَّلَه في شِراء مَوْصُوفَةٍ . والثانِي ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ قَطَع نَظَرَه بالتَّعْيين ، فرُبَّما رَضِيَه على جَمِيع ِ صِفاتِه . فإن قُلْنا : له الرَّدُّ . فحُكْمُه حُكْمُ غُير المُعَيَّنِ . وإن عَلِم عَيْبَه قبل شِرائِه ، فهل له شِراؤُهُ ؟ يَحْتَمِلُ (١) وَجْهَيْن مَبْنِيَيْن على رَدِّه إذا عَلِم عَيْبَه بعدَ شِرائه ، إن قُلْنا : له رَدُّه . فليس له شِراؤه ؛ لأنَّ العَيْبَ إذا جاز الرَّدُّ به بعدَ العَقْدِ فلأن (٢) يَمْنَعَ مِن الشِّراءِ أَوْلَى . وإِن قُلْنا : لا يَمْلِكُ الرَّدّ ثُمَّ". فله الشِّراءُ هـ لهُنا ؛ لأن تَعْبِينَ المُوَكِّلِ قَطَع نَظَرَه واجْتِهادَه في جَواز الرَّدِّ ، فكذلك في الشِّراء .

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغنِي » ، و « الشُّرْحِ » ، و « الفُروع ي » ، و « الفائقِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « التَّلْخيص » ، و « البُّلْغَةِ » ؛ أحدُهما ، له الرَّدُّ . وهو الصَّحيحُ . صحَّحه في « التَّصْحيحِ » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » ، و ﴿ النَّظْمِ ﴾ . وجزَم به في ﴿ الوَجيزِ ﴾ . وقدَّمه في ﴿ الرِّعايتَيْـن ﴾ ، و ﴿ الحَاوِيَيْنِ ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ ابنِ رَزِينِ ﴾ . والوَجْهُ الثَّاني ، ليس له الرَّدُّ . قال في ﴿ الرِّعايتَيْنِ ﴾ : هذا أُولَى . وقدَّمه في ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ . قلتُ : وهو الصُّوابُ . فلو عَلِمَ عَيْبَه قبلَ شِرائِه ، فهل له شِراؤه ؟ فيه وَجْهان مَبْنيَّان على الوَجْهَيْن اللَّذين قَبْلُهُمَا ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ الرَّدَّ فِي الْأُولَى . فليس له شِراؤُه . وإِنْ قُلْنَا : لا يَمْلِكُ هناك . فله الشُّراءُ هنا . قاله المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ : فإنَّ مَلَكُه ، فله شِراؤُه إِنْ عَلِمَ عَيْبَه قبلَه . وهو مُخالِفٌ لما قالاهِ . وقد تقدُّم أَنَّه إذا لم

⁽١) في الأصل: «على».

⁽٢) في الأصل: و فلا ، .

⁽٣) سقط من: الأصل، ق، ر١.

وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ لِي بِعَيْنِ هَذَا الثَّمَنِ . فَاشْتَرَى لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، لَمْ اللَّهَ اللَّهَ عَلَ يَلْزَمِ الْمُوَكِّلَ .

الشرح الكبير

له في ذِمَّتِه ، لم يَلْزَمِ المُوكِل) وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا دَفَع إليه دَراهِمَ وقال : له في ذِمَّتِه ، لم يَلْزَمِ المُوكِل) وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا دَفَع إليه دَراهِمَ وقال : اشْتَرِ لى بهذه عَبْدًا . كان له أن يَشْتَرِى بِعَيْنِها وفي الذِّمَّة ؛ لأنَّ الشَّراء يَقَعُ على هذَيْن الوَجْهَيْن [١٤٣/٤ و] فإذا أطْلَق كان له فِعْلُ ما شاء منهما . على هذَيْن الوَجْهَيْن [١٤٣/٤ و] فإذا أطْلَق كان له فِعْلُ ما شاء منهما . فإنْ قال : اشْتَر بعَيْنِها . فاشْتَراه في ذِمَّتِه ثم نَقَدَها ، لم يَلْزَم المُوكِل ؛ لأنَّه إذا تَعَيَّنَ التَّمَنُ ، انْفَسَخ العَقْدُ بتَلَفِه ، أو كونِه مَعْصُوبًا ، و لم يَلْزَمْه ثَمَنُ في ذِمَّتِه ، وهذا غَرَضٌ صَحِيحٌ للمُوكِل ، فلم يَجُزْ مُخالَفَتُه ، ويَقَعُ الشِّراءُ للوكِيلِ . وهل يَقِفُ على إجازَةِ المُوكِل ؟ على روَايَتَيْن .

الإنصاف

يَكُنْ مُعَيَّنًا ، أَنَّ له الرَّدَّ وأَخْذَ بدَلِه مِن غيرِ إعْلامِ المُوَكِّلِ .

قوله: وإِنْ قالَ له: اشْتَرِ لَى بَعَيْنِ هذا الثَّمَنِ. فَاشْتَرَى له فَى ذِمَّتِه ، لَم يَلْزَمِ المُوَكِّلُ ، لَزِمَه ، المُوَكِّلُ ، لَزِمَه ، المُوَكِّلُ ، لَزِمَه ، والله فلا . وعلى كلِّ قَوْلٍ ، البَيْعُ صحيحٌ ، وحيثُ لم يَلْزَمِ المُوَكِّلُ ، لَزِمَ الوَكِيلُ .

فائدة : لو قال : اشْتَرِ لى بهذِه الدَّراهِمِ كذا . و لم يَقُلْ : بعَيْنِها . جازَ له أَنْ يَشْتَرِى له فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، يَشْتَرِى له فى ذِمَّتِه ، وبعَيْنِها . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروع ِ » ، وغيرِهم . فليس له العَقْدُ مع فَقِيرٍ ، وقاطِع ِ طَرِيقٍ ، إلَّا بأَمْرِه . نقلَه الأَثْرَمُ .

الله وإِنْ قَالَ: اشْتَرِ لِي فِي ذِمَّتِكَ ، وَانْقُدِ الثَّمَنَ . فَاشْتَرَى بِعَيْنِهِ ، صَحَّ . صَحَّ .

الشرح الكبير

وَانْقُدِ الثَّمْنَ ، وَانْقُدِ الثَّمْنَ لَى فَ ذِمَّتِكَ ، وانْقُدِ الثَّمْنَ . فَاشْتَرَى بعينِه ، صَحَّ) وَلَزِمِ المُوكِّلَ . ذَكَرَه أَصْحابُنا ؛ لأَنَّه أَذِنَ له فى عَقْدٍ يَلْزَمُه به الثمنُ مع بَقاءِ الدَّراهِم وتَلْفِها ، فكان إِذْنًا فى عَقْدٍ لا يَلْزَمُه الثمنُ إلَّا مع (') بَقائِها . ويَحْتَمِلُ أَن لا يَصِحَّ ؛ لأَنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى الشَّراءِ بغيرِ عَيْنِها ؛ لشُبْهَةٍ فيها (') لا يُحِبُّ (') أَن يَشْتَرِى بها ، أَو يَخْتَارُ الشَّراءِ بغيرِ عَيْنِها ؛ لشُبْهَةٍ فيها (') لا يُحِبُ (') أَن يَشْتَرِى بها ، أو يَخْتَارُ وَقُوعَ عَقْدٍ لا يَنْفَسِخُ بتَلْفِها (') ، ولا يَبْطُلُ بتحريمِها ، وهذا غَرَضٌ وَوَقُوعَ عَقْدٍ لا يَنْفَسِخُ بتَلْفِها ') ، ولا يَبْطُلُ بتحريمِها ، وهذا غَرَضٌ صَحِيحٌ ، فلا يَجُوزُ تفويتُه (') عليه ، كما لم يَجُزْ تَفْوِيتُ غَرَضِه فى الصُّورَةِ اللهُ ولَى . ومَذْهَبُ الشافعيِّ فى هذا كله على نحوٍ ما ذكرُ نا .

الإنصاف

قوله: وإِنْ قَالَ: اشْتَرِ لَى فَى ذِمَّتِكَ وَانْقُدِ الثَّمَنَ. فَاشْتَرَى بَعَيْنِه ، صَحَّ. هذا المُحسنَف ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما: ذكرَه المنه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال المُصنف ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما: ذكرَه أصحابُنا. وجزَم به فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُشتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُخلَصة فى « الفُروع ِ » ، و « الرَّعايتَيْن » ، وقال: إِنْ لَم يَكُنْ للمُوكِّل غَرَضٌ . وقدَّمه فى « الفُروع ِ » ، و « المُغنى » ، و « المُغنى » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقيل: لا يصِحُّ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغنى » ،

⁽١) سقط من :م .

⁽٢) في الأصل: ١ فيما ، .

⁽٣) في م : (لا يجب) .

⁽٤) الأصل: ﴿ بنقلها ﴾ .

⁽٥) في م : ﴿ تُوفِيتُه ﴾ .

وَإِنْ أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ فِي سُوقٍ بِثَمَنٍ ، فَبَاعَهُ بِهِ فِي آخَرَ ، صَحَّ . وَإِنْ اللَّهَ عَالَ اللَّهَ قَالَ : بِعْهُ لِزَيْدٍ . فَبَاعَهُ مِنْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير المركم وإن قال : (وإن أمَرَه ببيعِه فى سُوقٍ بثَمَنٍ ، فباعَه به فى الشرح الكبير آخَرَ ، صَحَّ . وإن قال : بِعْهُ مِن زيدٍ . فباعَه مِن غيرِه ، لم يَصِحَّ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ مِن التَّصَرُّفِ إِلَّا ما يَقْتَضِيه إِذْنُ مُوكَلِه مِن جِهَةِ النُّطْقِ أَو العُرْفِ ؛ لأنَّ تَصَرُّفَ بالإِذْنِ ، فاختَصَّ بما أَذِنَ فيه ، والإِذْنُ يُعْرَفُ بالنَّطْقِ تارَةً وبالعُرْفِ ؛ لأنَّ تَصَرُّفَ بالإِذْنِ ، فاختَصَّ بما أَذِنَ فيه ، والإِذْنُ يُعْرَفُ بالنَّطْقِ تارَةً وبالعُرْفِ أَخْرَى . ولَو وَكَلَ رجلًا فى التَّصَرُّفِ فى زَمَنٍ مُقَيَّدٍ ،

و « الشَّرْحِ ِ » ، ومالَا إليه . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وقيل : إِنْ رَضِىَ به ، الإنصاف وإلَّا بطَل . وهو أَوْلَى .

فائدة : يُقْبَلُ إِقْرَارُ الوَكِيلِ بِعَيْبِ فيما باعَه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ، نصَّ عليه ، وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . (وجزَم به فى (الهدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، وغيرِهم ، ذكرُوه فى الشَّرِكَةِ . (وقالَ فى « المُنْتَخَبِ ») : لا يُقْبَلُ . واختارَه المُصَنِّفُ . فلا يُرَدُّ على مُوكِّلِه وَجْهان . وأطْلَقهما فى مُوكِّلِه . (وإنْ رُدَّ بنُكُولِه) ، (ففى رَدِّه على مُوكِّلِه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : الصَّوابُ ردُّه على المُوكِّلِ) .

قوله : وإنْ أَمَرَه بَبَيْعِه فى سُوقٍ بَثَمَنٍ ، فباعَه به فى آخَرَ ، صَحَّ . إنْ لم يَنْهَه عنه ، و لم يَكُنْ له فيه غَرَضٌ . بلا نِزاعٍ .

⁽۱ – ۱) في الأصل ، ط : « وقال في المنتخب و » .

⁽٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

⁽٣ – ٣) سقط من : الأصل ، وف ط : « قوله » .

⁽٤ - ٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير لم يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ قبلَه ولا بعدَه ؛ لأنَّه لم يتَنَاوَلُه إِذْنُه نُطْقًا ولا عُرْفًا ، فإنَّه قد يَخْتَارُ التَّصَرُّفَ في زَمَنِ الحاجَةِ إليه دُونَ غيره ، ولهذا لمَّا عَيَّنَ اللهُ تعالى لعِبادَتِه وَقْتًا ، لم يَجُزْ تَقْدِيمُها عليه ولا تَأْخِيرُها عنه . فلو قال له : بعْ ثَوْبي غَدًا . لم يَجُزْ بَيْعُه (١) قبلَه ولا بعدَه . فإن عَيَّنَ له المكانَ ، وكان يَتَعلَّقُ به غَرَضٌ ، مثَلَ أَن يَأْمُرَه ('بَيْعِ ِ ثَوْبه') في سُوقٍ ، وكان السُّوقُ مَعْرُوفًا بجَوْدَةِ النَّقْدِ ، أو كَثْرَةِ النَّمَنِ ، أو حِلِّه ، أو بصَلاحِ أهْلِه ، أو بمَوَدَّةٍ بينَ المُوَكِّل (٣) وبَيْنَهم ، تَقَيَّدَ الإِذْنُ به ؛ لأنَّه نَصَّ على أمْر له فيه غَرضٌ ، فلم يَجُزْ تَفْويتُه . وإن كان هو وغيرُه سَواءً فى الغَرض ، لم يَتَقَيَّدِ الإذنُ به ، وجاز له البَيْعُ في غيره ، لمُساواتِه المَنْصُوصَ عليه في الغَرَضِ ، فكان تَنْصِيصُه على أَحَدِهما إِذْنًا في الآخر ، كما لو اسْتَأْجَرَ أو اسْتَعارَ أرْضًا لزرَاعَةِ شيءٍ ، كان إِذْنَا في زِراعَةِ مثْلِه وما دُونَه ، ولو اكْتَرَى عَقارًا ، كان له أن يُسْكِنَه مثلَه ، ولو نَذَر الاعْتِكافَ أو الصَّلاةَ في مَسْجِدٍ ، جاز له ذلك في غيره . وسَواءٌ قَدَّرَ له الثَّمَنَ أو لم يُقَدِّرْه . فأمَّا إن [١٤٣/٤ ط] عَيَّنَ له المُشْتَرى فقال: بعْه فُلانًا له يَمْلِكْ بَيْعَه لغيرهِ ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه ، سَواءٌ قَدَّرَ له الثَّمَنَ أو لا ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ في تمليكِه إيّاه دُونَ غيرِه ، إِلَّا أَن يَعْلَمَ بِقَرِينَةٍ أَو صَرِيحٍ أَنَّه لا غَرَضَ له في عَيْن (1) المُشْتَرِي .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢ - ٢) في الأصل: ﴿ بِيعِه ﴾ .

⁽٣) في م : (الوكيل) .

⁽٤) في الأصل : ﴿ غيرٍ ﴾ .

فصل : إذا اشْتَرَى الوَكِيلُ لمُوَكِّلِه شيئًا ، انْتَقَلَ المِلْكُ مِن البائِع ِ إلى الشرح الكبر المُوَكِّلِ ، و لم يَدْخُلْ في مِلْكِ الوَكِيلِ . وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : يَدْخُلُ في مِلْكِ الوَكِيل ، ثم يَنْتَقِلُ إلى المُوَكِّل ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بالوَكيلِ ، بدَلِيلِ أَنَّه لو اشْتَراه بأُكْثَرَ مِن ثَمَنِه ، دَخَل في مِلْكِه و لم يَنْتَقِلْ إلى المُوَكِّل . ولَنا ، أنَّه قَبلَ عَقْدًا لغيره ، صَحَّ له ، فوَجَبَ أن يَنْتَقِلَ المِلْكُ إليه ، كالأبِ والوَصِيِّ ، وكما لو تَزوَّجَ له . وقَوْلُهم : إن حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ به . غيرُ مُسَلَّم . ويَتَفَرَّ عُ عن هذا أنَّ المُسْلِمَ لو وَكَّلَ ذِمِّيًّا في شِرَاءِ خمرِ(١)أو خِنْزِيرٍ ، فاشْتَراهُ له ، لم يَصِحَّ الشِّراءُ . وقال أبو حنيفة : يَصِحُ ، ويَقَعُ للذِّمِّيِّ ؛ لأنَّ الخَمْرَ مالٌ لهم ؛ لأنهم يَتَمَوَّلونَها ويَتَبايَعُونَها ، فَصَحَّ تَوْكِيلُهم فيها ، كسائِر أَمْوالِهم . ولَنا ، أنَّ كلُّ ما لا يَجُوزُ للمُسْلِم العَقْدُ عليه ، لا يجوزُ أَن يُوَكِّلَ فيه ، كتَزْويجِ المَجُوسِيَّةِ ، وبهذا خالَفَ سائِرَ أَمْوالِهم . وإذا باع الوَكِيلُ بثَمَن مُعَيَّن ، ثَبَت المِلْكُ للمُوَكِّلِ فِي الثَّمَنِ ؛ لأنَّه بِمنزِلَةِ المَبيعِ . وإن كان الثَّمَنُ فِي الذِّمَّةِ ، فللوَكِيل والمُوكِل المُطالَبَةُ به . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : ليس للمُؤكِّل المُطالَبَةُ ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بالوَكِيل دُونَه ، ولهذا يتَعَلَّقُ مَجْلِسُ الصَّرْفِ والخيارُ به دُونَ مُوَكِّلِه ، فكذلك القبضُ . ولَنا ، أَنَّ هذا دَيْنٌ للمُوَكِّل يَصِحُّ قَبْضُه له ، فمَلَكَ المُطالَبَةَ به ، كسائِر دُيُونِه

⁽١) في م: « دم ».

المنع وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ ِ شَيْءٍ مَلَكَ تَسْلِيمَهُ ، وَلَمْ يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمَنِهِ إِلَّا بَقَرِينَةٍ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ قَبْضُهُ ، لَمْ يَلْزَم الْوَكِيلَ شَيْءٌ .

الإنصاف

الشرح الكبير التي وَكَّلَ فيها ، وفارَقَ مَجْلِسَ الصَّرْفِ (١) ؛ لأنَّ ذلك مِن شُرُوطِ (٢) العَقْدِ ، فَتَعَلَّقَ بِالعاقِدِ ، كالإيجابِ والقَبُولِ ، وأمَّا الثَّمَنُ فهو حَقُّ للمُوكِّلِ ومالٌ مِن مالِه ، فكانت له المُطالَبَةُ به . و لأنسَلِّمُ أنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تتَعلَّقُ به ، وإنَّما تتَعلَّقُ بالمُوَكِّل ، وهي تَسْلِيمُ الثَّمَنِ ، وقَبْضُ المَبيع ِ ، والرَّدُّ بالعَيْبِ ، وضَمانُ الدَّرَكِ . فأمَّا ثَمَنُ ما اشْتَراه إذا كان في الذِّمَّةِ ، فإنَّه يَثْبُتُ في ذِمُّةِ المُوَكِّلِ أَصْلًا ، وفي ذِمَّةِ الوَكِيلِ تَبَعًا ، كالضَّامِن . وللبائِع ِ مُطالَبَةُ مَن شاء منهما ، فإن أَبْرَأُ الوَكِيلَ لم يَبْرَأُ المُوَكِّلُ ، وإن أَبْرَأُ المُوَكِّلَ بَرِئَ الوَكِيلُ ، كالضَّامِن والمَضْمُونِ عنه سَواء . وإن دَفَع الثَّمَنَ إلى البائع ِ ، فَوَجَدَ به عَيْبًا ، فرَدُّه على الوَكِيل ، كان أمانَةً في يَدِه ، إن تَلِف فهو مِن ضَمانِ المُوَكِّلِ. ولو وَكَّلَ رَجلًا يَسْتَسْلِفُ له (اللهُ فَ" كُرِّ (١٠) حِنْطَةٍ ، فَفَعَلَ ، مَلَكَ الموكِّلُ (٥) ثَمَنَها ، والوَكِيلُ ضامِنٌ عن مُوكِّلِه ، كَاتَقَدَّم . ٨٠١٨ - مسألة : ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فَي بَيْعٍ شِيءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمُه ، ولم يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمْنِه إِلَّا بِقَرِينةٍ . فإن تَعَذَّرَ قَبْضُه ، لم يَلْزَم الوَكِيلَ شيءٌ) لأنَّ

قوله : وإِنْ وَكُّلَه في بَيْع ِ شيءٍ ، ملَك تَسْلِيمَه . بلا نِزاعٍ .

⁽١) في الأصل ، م: « العقد ».

⁽٢) في م: «شرط».

⁽٣ - ٣) في م : « العامي » .

⁽٤) الكُرُّ : مكيال لأهل العراق ، أو ستون قفيزًا ، أو أربعون أردبًا .

⁽٥) سقط من : م .

إطْلاقَ التَّوْكِيلِ فِي البِّيْعِ ِ يَقْتَضِي التَّسْلِيمَ ، لكَوْنِه مِن تَمامِه ، و لم يَمْلِكِ السرح الكبير الإِبْراءَ مِن الثَّمَن . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةً : يَمْلِكُه . ولَنا ، أنَّ الإِبْراءَ ليس مِن المَبِيعِ ولا من ثَمَنِه ، فلا يكونُ التَّوْكِيلُ في البَيْعِ ِ تُوكيلًا(١) فيه ، كالإِبْراءِ مِن غيرِ ثَمَنِه . فأمَّا قَبْضُ الثَّمَنِ ، فقال القاضِي ، وأبو الخَطَّاب : لا يَمْلِكُه . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْن الأَصْحاب الشافعيُّ ؛ لأنَّه قد يُوكِّلُ في البَيْع ِ مَن لا يَأْتَمِنُه على قَبْض ِ الثَّمَن ِ . فعلى هذا ، إِن تَعَذَّرَ قَبْضُ الثَّمنِ مِن المُشْتَرِى ، لم يَلْزَم ِ الوَكِيلَ شيءٌ . ويَحْتَمِلُ أَن يَمْلِكَ قَبْضَ الثَّمَن ؛ لأَنَّه مِن مُوجَب البَّيْعِ ، فَمَلَكَه ، كَتَسْلِيم المَبِيعِ . فعلى هذا ليس له تَسْلِيمُ المَبِيعِ إِلَّا بقَبْضِ الثَّمَنِ أُو خُضُورِه ،

وقوله : ولم يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمَنِه إِلَّا بقَرينَةٍ . هذا أَحَدُ الوُّجوهِ . جزَم به في « الوَجيزِ » ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به في « الرِّعايةِ الصُّغْرِي » ، و « الحاويَيْن » ، و ﴿ الفائق ﴾ ، على ما يأْتِي . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، وقدَّمه في ﴿ المُحَرَّرِ ﴾ ، و ﴿ الرِّعايَةِ الكُّبْرَى ﴾ . وهو الصُّوابُ . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَمْلِكُ قَبْضَ ثَمَنِه مُطْلَقًا . وهو المذهبُ ، كالحاكِم وأمينِه . اختارَه القاضي وغيرُه . وجزَم به في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ التَّلْخيصِ ﴾ . وقدَّمه في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ . والوَجْهُ الثَّالِثُ ، يَمْلِكُه مُطْلَقًا . وهو احْتِمالٌ في ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشَّرْحِ ِ ﴾ . وقال في ﴿ الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائق » : وفي قَبْضِه ثَمَنَه بلا قَرِينَةٍ وَجْهان . وقال ابنُ عَبْدُوسٍ في ﴿ تَذْكِرَتِه ﴾ : له قَبْضُ الثَّمَنِ ، إِنْ فُقِدَتْ قَرِينَةُ المَنْعِ . فعلى

⁽١) في الأصل: (توكيله) .

الشرح الكبر فإن سَلَّمَه قبلَ قَبْض ثَمَنِه ضَمِنَه . قال شيخُنا(١) : والأَوْلَى أَن يَنظُرَ فيه ، فإن دَلَّتْ قَرِينَةُ الحالِ على قَبْضِ النَّمنِ ، مثلَ تَوْ كِيلِه في بَيْعٍ ثَوْبٍ في سُوقٍ غائبٍ عن المُوَكِّلِ ، أو مَوْضِعٍ يَضِيعُ الثَّمَنُ بتركِ قَبْض الوَّكِيل له (٢) ، كان إِذْنًا في قَبْضِه ، فمتى تَرَك قَبْضَه ضَمِنَه ؛ لأنَّ ظاهِرَ حال المُوكِّل أنَّه إنَّما أَمَرَه بالبَيْع ِ لتَحْصِيل ثَمَنِه ، فلا يَرْضَى بتَضْييعِه ، ولهذا يُعَدُّ مَن فَعَل ذلك مُفَرِّطًا . وإن لم تَدُلُّ القَرِينةُ على ذلك ، لم يَكُنْ له قَبْضُه .

الإنصاف المذهب ، إنْ تَعَذَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِنَ المُشْتَرِى ، لم يَلْزَم الوَكِيلَ شيءٌ ، كما لو ظهَر المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا . وعلى الثَّالثِ ، ليس له تَسْليمُ المَبِيعِ إِلَّا بقَبْضِ التَّمَنِ ، أو حُضورِه ، وإنَّ سلَّمَه قبلَ قَبْضِ ثَمَنِه ، ضَمِنَه . وعلى الأوَّلِ ، إنْ دلُّتْ قَرِينَةٌ على قَبْضِه و لم يَقْبضه ، ضَمِنَه ، وإلَّا فلا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ لو وَكَّلَه في شِراء سِلْعَةٍ ، هل يقْبضُها أم لا ؟ أم يقْبِضُها إِنْ دَلَّتْ قَرِينَةٌ عليه ؟ وإِنْ أُخَّرَ تَسْلِيمَ ثَمَنِه بلا عُذْرٍ ، ضَمِنَه . على الصَّحيح مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقيل : لا يَضْمَنُ . النَّانيةُ ، هل للوَكِيل في البَيْع ِ أَوِ الشُّراءِ فِعْلُ ذلك بشَرْطِ الخِيارِ له ، وقيل : مُطْلَقًا . أم لا ؟ فيه وَجْهان . وأَطْلَقهما في « الفُروع ِ » . قال في « الرِّعاية ِ » : [٢/ ١٥٣٠ و] وإنْ وُكُلَ في شِراء ، لم يَشْرُطِ الخِيَارَ للبائع ِ . وهل له شَرْطُه لنَفْسِه ، أو لمُوَكِّلِه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . انتهى . وظاهرُ كلامِه في « المُجَرَّدِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرِي » ، في البَيْع ِ ، صِحَّةُ ذلك ، و يكونُ للمُوكِّل . فإذا شرَط الخيارَ ، فهو لمُوكِّله ، وإنْ شرَطَه لنَفْسِه ، فهو لهما ،

⁽١) في : المغنى ٢١٢/٧ .

⁽٢) سقط من : م .

فصل: فإن وَكُله في شِراءِ شيءٍ ، مَلَك تَسْلِيمَ ثَمَنِه ؛ لأَنَّه مِن التَّمَّية ('') وحُقُوقِه ، فهو كتَسْليم المَبيع في البَيْع ِ . والحُكْمُ في قَبْضِ السَّبِيع كالحُكْم في تَبْضِ الثَّمَنِ في البَيْع ('') ، على ما ذكر نا . فإن اشْتَرَى عَبْدًا فنَقَدَ ثَمَنه ، فخَرَجَ العَبْدُ مُسْتَحَقًّا ، فهل يَمْلِكُ أَن يُخاصِمَ البَائِعَ في التَّمَن ؟ على وَجْهَيْنِ . فإن اشْتَرَى شيئًا وقَبَضَه ، وأخّر تَسْلِيمَ البَّهُ مَن لغيرِ عُذْرٍ ، فهَلَك في يَدِه ، ضَمِنه ، وإن كان له عُذْرٌ ، مثلَ أَن الشَّمَن لغيرِ عُذْرٍ ، فهَلَك في يَدِه ، ضَمِنه ، وإن كان له عُذْرٌ ، مثلَ أَن ذَهَب ليَنْقُدَه [فهَلَك] ('') أو نحو ذلك ، فلا ضَمانَ عليه . نصَّ أحمدُ على هذا ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ في إمْساكِه في الصُّورَةِ الأُولَى ، فلز مَه الضَّمانُ ، بخِلافِ ما إذا لم يُفَرِّط .

٢٠١٩ - مسألة: (وإن وَكَله في بَيْع فاسِد ، لم يَصِح) ولم
 يَمْلِكُه ؛ لأنَّ الله تعالى لم يَأْذَنْ فيه ، ولأنَّ المُوَكِّلَ لا يَمْلِكُه ، فالوَكِيلُ

ولا يصِحُّ شَرْطُه له وحدَه . ويَخْتَصُّ الوَكِيلُ بخِيارِ المَجْلِسِ ، ويَخْتَصُّ به الإنصاف المُوكِلُ ، إِنْ حضَرَه وحجَر عليه . جزَم به فى « المُفُروع ِ » . وقال فى « التَّلْخيص ِ » : وإِنْ حضَر المُوكِّلُ فى المَجْلِسِ ، وحجَر على الوَكِيلِ فى الخِيارِ ، رجَعَتْ حَقِيقَةُ الخِيارِ إلى المُوكِّل ِ ، فى أَظْهَرِ الاحْتِمالَيْن . وتقدَّم ذلك فى خِيارِ الشَّرْطِ ، ومَسائِلَ أَخَرَ ، عندَ قَوْلِه : وإِنْ شرَط الخِيارَ لغيرِه ، جازَ .

قوله : وإِنْ وَكُلُّه فى بَيْعٍ فاسِدٍ ، أو فى كلِّ قَلِيل ٍ وكَثيرٍ ، لم يَصِحُّ . إذا وَكُلُّه

⁽١) في م : (ثمنه) .

⁽٢) في الأصل ، ر : ﴿ الْمُبْيَعِ ﴾ .

⁽٣) سقط من النسخ . وانظر المغنى ٢١٣/٧ .

الشرح الكبير أُوْلَى . ولا يَمْلِكُ الصَّحِيحَ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ لم يَأْذَنْ فيه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَمْلِكُ الصَّحِيحَ ؛ لأنَّه إذا أَذِنَ في الفاسِدِ ، فالصَّحِيحُ أُولَى . ولَنا ، أنَّه أَذِنَ له في مُحَرَّم ، فلم يَمْلِكِ الحَلالَ بالإِذْنِ في الفاسِيدِ ، كما لو أَذِنَ في شِراءِ [١٤٤/٤ ظ] خَمْرٍ أُو خِنْزِيرٍ ، لم يَمْلِكْ شِراءَ الخَيْلِ والغَنَمِ .

• ٢ • ٢ - مسألة : (و)إن وَكَّلَه في (كُلِّ قَلِيلٍ وكَثِيرٍ ، لم يَصِحُّ) لأَنَّه يَدْخُلُ فيه كلَّ شيءٍ ، فَيَعْظُمُ الغَرَرُ ، ولأَنَّه لا يَصحُّ التَّوْكِيلُ إِلَّا في تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . وقال ابنُ أبي لَيْلَي : يَصِحُ ويَمْلِكُ به كلُّ ما تَناوَلَه لَفْظُه ؛ لأنَّ لَفْظَه عامٌّ ، فصَحَّ فيما تَناوَلَهُ ، كَمَا لُو قَالَ : بَعْ مَالِي كُلُّه . وَلَنَا ، أَنَّ فِي هَذَا غَرَرًا عَظِيمًا وَخَطَرًا كَبيرًا ؛ لأنَّه يَدخُلُ فيه هِبَةُ مالِه ، وطَلاقُ نِسائِه ، وإعْتاقُ رَقِيقِه ، وتَزَوُّجُ نِساءٍ كَثِيرٍ ، وتَلْزَمُه المُهُورُ الكَثِيرَةُ ، والأَثْمانُ(١) العَظِيمةُ ، فيَعْظُمُ الضَّرَرُ .

الإنصاف ف بَيْع فاسِل ، فباع بَيْعًا صحيحًا ، لم يصِع ، قطَع به الأصحاب . وإنْ وَكَّلَه في كُلُّ قَلَيْلُ وَكُثِيرٍ ، لم يَصِحُّ . على الصَّحيح ِ مِنَ المُذَهبِ ، كما قطَع به المُصَنَّفُ هنا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم . وقال في ﴿ النَّهَايَةِ ﴾ : لم يصِحُّ باتُّفاقِ الأُصحابِ . وقيل : يصِحُّ ، كما لو وَكُّلَه في بَيْع ِ مالِه كلُّه ، أوِ المُطالَبَةِ بحُقوقِه كُلُّها ، أو الإِبْراءِ منها ، أو بما شاءَ منها .

⁽١) في ق ، م : ﴿ الأيمان ، .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ مَالِهِ كُلِّهِ ، صَحَّ . وَإِنْ قَالَ: اشْتَرِ لِي مَا شِئْتَ . المنع أَوْ : عَبْدًا بِمَا شِئْتَ. لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يَذْكُرَ النَّوْعَ وَقَدْرَ الثَّمَنِ. وَعَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ .

١٧٠٢ – مسألة : (وإن وَكَّلَه فى بَيْع ِ مالِه كلِّه ، صَحَّ) لأَنَّه يَعْرِفُ الشرح الكبير مالَه ، فَيَعْرِفُ أَقْصَبى ما يَبِيعُ ، فَيَقِلُّ الغَرَرُ . وكذلك لو وَكَّلَه فى بَيْع ِ ما شاء مِن مالِه ، أو قَبْضِ دُيُونِه ، أو الإِبْراءِ منها ، أو ما شاء منها ، صَحَّ ؛ لأَنَّه يَعْرِفُ دَيْنَه ، فَيَعْرِفُ ما يَقْبِضُ ، فَيَقِلُّ الغَرَرُ .

٢٠٢٢ – مسألة : (وإن قال : اشْتَرِ لَى مَا شِئْتَ . أُو : عَبْدًا بَمَا شِئْتَ . أُو : عَبْدًا بَمَا شِئْتَ . لَم يَصِحُّ) (ختى يَذْكُرَ النَّوْعَ وقَدْرَ الثَّمَنِ . لَم يَصِحُّ) وذكره أبو الخطّابِ أيضًا (٢) ؛ لأنَّ الثَّمَنِ . وعنه مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّه يَصِحُّ) وذكره أبو الخطّابِ أيضًا (٢) ؛ لأنَّ

قوله: وإنْ قالَ: اشْتَرِ لَى مَا شِئْتَ ، أَو عَبْدًا بَمَا شِئْتَ . لَم يَصِحَّ حتى يَذْكُرَ الإنصاف النَّوْعَ وقَدْرَ الثَّمْنِ . هذا إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى وغيرُه . قالَه فى « التَّلْخيص » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قالَ ابنُ مُنجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الهدايّةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وعنه ، ما يدُلُّ على أنَّه الأصَحُّ . قال أبو الخَطَّابِ : ويَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ، على ما قالَه أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رَجُلَيْن ، قال كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِه : يجوزَ ، على ما قالَه أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رَجُلَيْن ، قال كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِه : ما اشْتَرَيْتَ مِن شيءٍ ، فهو بَيْنِي وبيْنَك . إنَّه جائزٌ ، وأعْجَبَه ، وقال : هذا توْكِيلٌ ما اشْتَرَيْتَ مِن شيءٍ ، فهو بَيْنِي وبيْنَك . إنَّه جائزٌ ، وأعْجَبَه ، وقال : هذا توْكِيلٌ

⁽١ - ١) سقط من : الأصل ، م .

⁽٢) سقط من : الأصل ، م .

مَا يُمْكِنُ شِرَاؤُه يَكْثُرُ ، فَيَكْثُرُ فيه الغَرَرُ . وإِن قَدَّرَ له أَكْثَرَ الثَّمَن وأقَلَّه ، صَحَّ ؛ لأنَّه يَقِلُّ الغَرَرُ . وقال القاضي : إذا ذَكَر النَّوْعَ لم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِ الثَّمَن ؛ لأنَّه أَذِنَ (١) في أعْلاه . وعنه ما يَدُلُّ على أنَّه يَصِحُّ . فإنَّه قد رُويَ عنه ، في مَن قال : ما اشْتَرَيْتَ مِن شيءِ فهو بينَنا . أنَّ هذا جائِزٌ ، وأعْجَبَه . وهذا تَوْكِيلٌ في شِراءِ كلِّ شيءٍ ، ولأنَّه إذْنَّ في التَّصَرُّفِ ، فجاز مِن غيرٍ تَعْيينِ ، كالإذّنِ في التّجارَةِ .

فصل : قد ذَكَرْنا أَنَّه إذا قال : بعْ ما شِئْتَ مِن مالِي . أَنَّه يَصِحُّ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : إذا قال : بعْ ما شِئْتَ مِن مالِي . لم يَجُزْ . وإن قال : بعْ ما شِئْتَ مِن عَبيدي . جاز ؟ لأنَّه مَحْصُورٌ بالجنْس . ولَنا ، أنَّ ما جاز التُّوْكِيلَ في جَمِيعِه ، جاز التَّوْكِيلُ في بَعْضِه ، كعَبيدِه (١) . وإن قال : اشْتَرِ لَى عَبْدًا تُرْكِيًّا . أو : ثَوْبًا هَرَويًّا(٣). صَحَّ . وكذلك إن قال : اشْتَر لى عَبْدًا . أو : ثَوْبًا . و لم يَذْكُرْ جنْسَه ، صَحَّ أيضًا . وقال أبو الخَطَّاب : لا يَصِحُّ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . ولَنا ، أنه إذا'' ذَكَرَ

الإنصاف في كلِّ شيءٍ . وكذا قال ابنُ أبِي مُوسى : إذا أَطْلَقَ وَكَالَتُه ، جازَ تَصَرُّفُه في سائر حُقوقِه ، وجازَ بَيْعُه عليه ، وابْتِياعُه له ، وكانَ خَصْمًا فيما يَدَّعِيه لمُوَكِّلِه ، ويُدَّعَيَ

⁽١) في الأصل: ﴿ ذَكُر ﴾ .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) في م : ١ صرويا ١ .

⁽٤) سقط من : م .

نَوْعًا فقد أَذِنَ فى أَعْلاه ثَمَنًا ، فَيَقِلُّ الغَرَرُ ، ولأَنَّ تَقْدِيرَ الثَّمَنِ يَضُرُّ به ، الشرح الكبر فَايَّه قد لاَ يَجِدُ بِقَدْرِ الثَّمَنِ ، ومَن اعْتَبَر ذِكْرَ الثَّمَن ِ ، جَوَّزَ أَنْ يَذْكُرَ له أَكْثَرَ الثَّمَنِ وأَقَلَّه ، وقد ذَكَرْناه .

٣٠٠٣ – مسألة: (وإن وَكَلَه في الخُصُومَةِ ، لم يكنْ وَكِيلًا في الغُصُومَةِ ، لم يكنْ وَكِيلًا في القَبْضِ)وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : يَمْلِكُ قَبْضَه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِن التَّنَبُّتِ قَبْضُه و (١) تَحْصِيلُه . ولَنا ، أنَّ القَبْضَ لم يَتَناوَلُه الإِذْنُ نُطْقًا ولا عُرْفًا ؛ لأنَّه قد يَرْضَى للخُصُومَةِ مَن (١) لا يَرْضاه للقَبْضِ .

عليه ، بعدَ ثُبوتِ وَكَالَتِه منه . انتهى . وقيل : يَكْفِى ذِكْرُ النَّوْعِ ِ فَقِط . اخْتَارَه الإنصاف القاضى . نقَلَه عنه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وأَطْلَقَهُنَّ فى « الفُروع ِ » . وقال فى « الرِّعايةِ » : وقيل : يَكْفِى ذِكْرُ النَّوْعِ ، أو قَدْرُ الثَّمَنِ .

قوله: وإنْ وَكَلَه في الخُصُومَةِ ، لم يَكُنْ وَكِيلًا في القَبْضِ . ولا الإِقْرارِ عليه مُطْلَقًا . نصَّ عليه ، وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطعُوا به . وقطَع به ابنُ البَنَّا في « تَعْلَيقِه » ، أنَّه يكونُ وَكِيلًا في القَبْضِ ؛ لأَنَّه مَأْمُورٌ بقَطْع به . وقطَع به ابنُ البَنَّا في « تَعْلَيقِه » ، أنَّه يكونُ وَكِيلًا في الخصومَةِ ، ولا تَنْقَطِعُ إلَّا به . انتهى . قلتُ : الذي يَنْبَغِي ، أنْ يكونَ وَكِيلًا في القَبْضِ ، إنْ دَلَّتْ عليه قَرِينَةً . كما اختارَه المُصَنِّفُ ، وجماعَةٌ ، فيما إذا وَكَلَه في التَّهِ مِنْ مَنِه إلَّا بقَرِينَةٍ .

⁽١) في م : « أو » .

⁽٢) في الأصل « ما » .

الشرح الكبير

المُوكِّل بِقَبْضِ الحَقِّ ولا غيرِه . وبه قال مالِكَ ، والشافعيُ ، وابنُ أبى المُوكِّل بِقَبْضِ الحَقِّ ولا غيرِه . وبه قال مالِكَ ، والشافعيُ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وقال أبو حنيفة ، ومحمدُ : يُقْبَلُ إقْرارُه في مَجْلِسِ الحُكْم ، فيما عَدا الحُدُودَ والقِصاصَ . وقال أبو يُوسُفَ : يُقْبَلُ إقْرارُه في مَجْلِسِ الحُكْم وغيرِه ؛ لأنَّ الإقرارَ أَحَدُ جَوابَى المُدَّعِي ، فَمَلَكَه ، كالإِنْكار . الحُكْم وغيرِه ؛ لأنَّ الإقرارَ أَحَدُ جَوابَى المُدَّعِي ، فَمَلَكَه ، كالإِنْكار . ولنا ، أنَّ الإقرارَ مَعْنَى () يَقْطَعُ الخُصُومَةَ ويُنافِيها ، فلم (يَمْلِكُه الوَكِيلُ) فيها ، كالإِبْراءِ . وفارق الإِنْكار ؛ فإنَّه لا يَقْطَعُ الخُصُومَة ، ويَمْلِكُه في الحُدُودِ والقِصاص ، وفي غيرِ مَجْلِس الحاكِم . ولأنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ المُحدُودِ والقِصاص ، وفي غيرِ مَجْلِس الحاكِم . ولأنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ المُحدُودِ والقِصاص ، وفي غيرِ مَجْلِس الحاكِم . ولأنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ المُحدُودِ والقِصاص ، وفي غيرِ مَجْلِس الحاكِم . ولأنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ المُحدُودِ والقِصاص ، وفي غيرِ مَجْلِس الحاكِم . ولأنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ المُصالَحَةَ على الحَقِّ ، ولا الإِبْراءَ المُوكِلِ الإِنْكارُ ، فافترَقَا . ولا يَمْلِكُ المُصالَحَةَ على الحَقِّ ، ولا الإِبْراء منه ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ (") الإِذْنَ في الخُصُومَةِ لا يَقْتَضِى شيئًا مِن ذلك .

٢٠٢٤ – مسألة : ﴿ وَإِنْ وَكُلُّهُ فِي الْقَبْضِ ِ ، كَانَ وَكِيلًا فِي

الإنصاف

قوله: وإِنْ وَكُلَه فِي القَبْضِ ، كَانَ وَكِيلًا فِي الخُصُومَةِ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وهو المذهبُ . صحَّحه في « التَّصْحيحِ » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْنِ » ، و « الحاوِيَيْنِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وجزَم به في

⁽١) سقط من : م .

٢ - ٢) في م: « علك الوكيل الإقرار » .

⁽٣) في م : ﴿ إِلا أَن ، .

الخُصُومَةِ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ) ('وبه') قال أبو حنيفة . والآخَرُ ، ليس الشرح الكبير له ذلك . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصحاب الشافعيِّ ؛ لأنَّهما مَعْنَيَان مُخْتَلِفان ، فالوَكِيلُ في أَحَدِهما لا يكونُ وَكِيلًا في الآخَر ؛ لأنَّه لم يَتناوَلْه اللَّفْظُ . ووَجْهُ الاوَّلِ ، أنَّه لا يَتَوَصَّلُ إلى القَبْضِ إِلَّا بالتَّثْبِيتِ ، فكان إذْنًا فيه عُرْفًا ، ولأنَّ القَبْضَ لا يَتِمُّ إِلَّا به ، فَمَلَكَه ، كما لو وَكَّلَه في (٢) شِراء شيءٍ مَلَك تَسْلِيمَ ثَمَنِه ، أو في بَيْع ِ شيءٍ مَلَك تَسْلِيمَه . ويَحْتَمِلُ أَنَّه إن

« الوَجيز » ، و « الهدايَةِ » . وقدَّمه في « المُذْهَب » ، و « المُسْتَوْعِب » ، الإنصاف و « الخُلاصَةِ » . ومالَ إليه المُصَنِّفُ ، والشَّارِ حُ . والوَجْهُ الثَّانِي ، لا يكونُ وَكِيلًا فِ الخُصومَةِ . وأطْلَقهما في « الكافِي » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِه » ، و « الفَروع ِ » ، و « الفائق ِ » . وقال في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْح ِ » : يَحْتَمِلُ ، إِنْ كَانِ المُوَكِّلُ عَالِمًا بِجَحْدِ^(٣) مَن عليه الحَقُّ ، أو مَطْلِه ، كان تَوْكِيلًا (^{؛)} فى تَثْبيتِه والخُصومَةِ فيه ؛ لعِلْمِه بتَوَقُّفِ القَبْضِ عليه ، وإلَّا فلا .

> فائدتان ؛ إحداهما ، أفادَنا المُصَنّفُ ، رَحِمَه الله ، صِحَّةَ الوَكالَةِ في الخُصومَةِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه . لكِنْ قال في ﴿ الفُّنونِ ﴾ : لا يصِحُّ ممَّن عَلِمَ ظُلْمَ مُوَكِّلِه في الخُصومَةِ . وَاقْتَصرَ عليهِ في « الفُروع ِ » . وهذا ممَّا لا شَكَّ فيه . قال في « الفُروع ِ » : وظاهِرُه يصِحُّ إذا

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

⁽٢) سقط من: الأصل.

⁽٣) في الأصل ، ط : ﴿ بحجر ﴾ . انظر : المغنى ٧/ ٢١١ .

⁽٤) في الأصل ، ط : ﴿ وَكِيلًا ﴾ . انظر : المغنى ٧/ ٢١١ .

الشرح الكبير كان المُوَكِّلُ عالِمًا بجَحْدِ مَن عليه الحَقُّ أو مَطْلِه ، كان تَوْكِيلًا في تَثْبيتِه والخُصُومَةِ فيه ؛ لِعِلْمِه بُوْقُوفِ القَبْضِ عليه . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ الحَقِّ عَيْنًا أُو دَيْنًا . وقال بعضُ أصحاب أبي حنيفةَ : إن ('وَكَّله في قَبْض ١) عَيْنِ ، لَم يَمْلِكْ تَثْبِيتَها ؛ لأنَّه وَكِيلٌ في نَقْلِها ، أَشْبَهَ الوَكِيلَ في نَقْل الزُّوْجةِ . ولَنا ، أنَّه وَكِيلٌ في قَبْضِ حَقٌّ ، أَشْبَهَ الوَكِيلَ في قَبْضِ الدَّيْنِ ، وبه يَبْطُلُ مَا ذَكَرُوه ؛ فإنَّه تَوْكِيلٌ في قَبْضِه ونَقْلِه إليه .

لَمْ يَعْلَمْ ظُلْمَه ، فلو ظَنَّ ظُلْمَه ، جاز . ويتَوَجَّهُ المَنْعُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال : ومع الشُّكِّ يتَوَجَّهُ احْتِمالان ، ولعَلَّ الجَوازَ أَوْلَى ، كالظَّنِّ في عدَم ظُلْمِه ؛ فإنَّ الجَوازَ فيه ظاهِرٌ ، وإنْ لم يَجُز الحُكْمُ مع الرِّيبَةِ في البِّيُّنة . وقال القاضي ، في قَوْله تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَكُن لِّلْخَآتِينَ خَصِيمًا ﴾ (٢) : يدُلُّ على أنَّه لا يجوزُ لأَحَدِ أنْ يُخاصِمَ عن غيرِه في إثباتِ حقٍّ أو نَفْيه ، وهو غيرُ عالِم بحقيقَة أمْرِه . وكذا قال المُصَنِّفُ في « المُغْنِي » ، والشَّارِحُ ، في الصُّلْحِ عنِ المُنْكِرِ : يُشْتَرَطُ أَنْ يَعْلَمَ صِدْقَ المُدَّعِي ، فلا تَحِلُّ دَعْوَى ما لا يَعْلَمُ ثُبُونَه . الثَّانيةُ [٢/٥٣/٢] ، له إثباتُ وَ كَالَتِه مَع غَيْبَةِ مُوَكِّلِه . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : ليس له ذلك . ويأتِي ، في باب أقسام المَشْهودِ به ، ما تَثْبُتُ به الوَكالَةُ ، والجلافُ فيه . وإنْ قال له : أُجِبْ عنِّي خَصْمِي . احْتَمَلَ أَنُّها كالخُصومَةِ ، واحْتَمَلَ بُطْلاَتُها. وأَطْلَقهما في ﴿ الفُروعِ ﴾ . قلتُ : الصُّوابُ الرُّجوعُ في ذلك إلى القَرائن ِ ، فإنْ لم تدُلُّ قَرينَةٌ ، فهو إلى الخُصومَةِ أَقْرَبُ .

⁽۱ - ۱) في م : « وكل في بيع » .

⁽٢) سورة النساء ١٠٥.

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى قَبْضِ الْحَقِّ مِنْ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ مِنْ وَارِثِهِ . السّع وَإِنْ قَالَ : اقْبِضْ حَقِّىَ الَّذِى قِبَلَهُ . فَلَهُ الْقَبْضُ مِنْ وَارِثِهِ . وَإِنْ قَالَ : اقْبِضْهُ الْيَوْمَ . لَمْ يَمْلِكْ قَبْضَهُ غَدًا [١٢٢] .

له قَبْضُه مِن وارِثِه . وإن قال : اقْبِضْ حَقِّى الذَى قِبَلَه . فله القَبْضُ مِن السرح الكبير وارِثِه) إذا وَكُله فى قَبْض دَيْنِ مِن رجل ، فمات ، نَظَرْتَ فى لَفْظِه ؛ وارِثِه) إذا وَكُله فى قَبْض دَيْنِ مِن رجل ، فمات ، نَظَرْتَ فى لَفْظِه ؛ فإن قال : اقْبِضْ حَقِّى مِن فَلانٍ . لم يَكُنْ له قَبْضُه مِن وارِثِه ؛ لأنَّه لم يُؤْمَرْ بذلك ، ولا يَقْتَضِيه العُرْفُ ؛ لأنَّه قد يَرْضَى (') بقاءَ الحَقِّ عندَهم دُونَه . وإن قال : اقْبِضْ حَقِّى الذى قِبَلَه . أو : عليه . فله مُطالَبَةُ وارِثِه ، والقَبْضُ منه ؛ لأنَّ قبْضَه مِن الوارِثِ قَبْضٌ للحَقِّ الذى على مَوْرُوثِه . فإن قِيلَ : فلو قال : اقْبِضْ حَقِّى مِن زيدٍ . فوكَل زيدٌ إنسانًا فى الدَّفْع [٤/٥٤ ط] فلو قال : اقْبِضْ حَقِّى من زيدٍ . فوكَل زيدٌ إنسانًا فى الدَّفْع [٤/٥٤ ط] كالوكِيل ! قُلْنا : الوكِيلُ إذا دَفَع عنه بإذْنِه ، جَرَى مَجْرَى تَسْلِيمِه ؛ لأنَّه كالوكِيل ! لهُ الوَرَثَة مِن المُطالَبَة عليهم ، لا بطَريق النِّيابَة عن المَوْرُوثِ ، وهذا لو واسْتَحَقَّتِ المُطالَبَة عليهم ، لا بطَرِيقِ النِّيابَة عن المَوْرُوثِ ، وهذا لو حَلْف لا يَفْعَلُ شيئًا ، حَنِث بفِعْل وَكِيلِه دُونَ وارِثِه .

٢٠٢٦ - مسألة : (وإن وَكَّلَه فى قَبْضِه اليَوْمَ ، لم يكنْ له قَبْضُه غدًا) لأنَّه قد يَخْتَصُّ غَرَضُه به فى زَمَن حاجَتِه إليه .

الإنصاف

⁽١) في م : ﴿ يرى ١ .

⁽٢) سقط من : م .

الله وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْإِيدَاعِ ، فَأَوْدَعَ وَلَمْ يُشْهِدْ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي قَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَضَاهُ وَلَمْ يُشْهِدْ ، وَأَنْكَرَهُ الْغَرِيمُ ، ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَهُ بِحَضْرَةِ الْمُوكِّلِ .

الشرح الكبير

لا بعد الله المودع والله والمودع المؤدم والمؤدم والمؤ

الإنصاف

قوله: وإنْ وَكُله فى الإيداعِ ، فأوْدَعَ ، و لم يُشْهِدْ ، لم يَضْمَنْ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال المُصنِّفُ ، والشَّارِحُ : ذكرَه أصحابُنا . قال فى « الفُروعِ » : لم يصِحَّ فى الأصحِّ . وقيل : يَضْمَنُ . وذكرَه القاضى روايَةً .

وأَنْكَرَ الغَرِيمُ ، ضَمِن ، إِلَّا أَن يَقْضِيَه بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ) إِذَا وَكُلَّ رَجلًا

قوله : وإنْ وَكَّلَه فى قَضاءِ دَيَن مَ ، فقَضاه و لم يُشْهِدْ ، وأَنْكَرَ الغَرِيمُ ، ضَمِنَ .

⁽١) في م : « الآخر » .

الشرح الكبير

في قَضاء دَيْنِه ، ودَفَع إليه مالًا ليَدْفَعَه إليه ، فادَّعَى الوَكِيلُ قَضاءَ الدَّيْن ودَفْعَ المَالِ إِلَى الْغَرِيمِ رِ ، لَم يُقْبَلْ قَوْلُه على الْغَرِيمِ إِلَّا بَبَيِّنَةٍ ؛ لأَنَّه ليس بأمِينِه ، فلم يُقْبَلْ قَوْلُه عليه في ذلك ، كما لو ادَّعاه المُوَكِّلُ . فإذا حَلَف الغَرِيمُ ، فله مُطالَبَةُ المُوَكِّل ؛ لأنَّ ذِمَّتُه لا تَبْرَأُ بدَفْع ِ المال إلى وَكِيلِه . وهل للمُوَكِّلِ الرُّجُوعُ على وَكِيلِه ؟ يُنظَرُ ؛ فإن كان قَضاه بغير بَيِّنةٍ ، فللمُوكِّل الرُّجُوعُ عليه إذا قَضاه في غَيْبَتِه . قال القاضي : سَواءٌ صَدَّقَه أو كَذَّبه . وهذا قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه إِذْنَّ له(١) في القَضاء يُبْرِئُه (١) ، و لم يُوجَدْ . وعن أَحمدَ ، أَنَّه لا يَرْجعُ عليه بشيء ، إلَّا أن يكونَ أمَرَه بالإشْهادِ فلم يَفْعَلْ . فعلى هذه الرُّوايَةِ ، إن صَدَّقَه المُوَكِّلُ في الدَّفْعِ ، لم يَرْجِعْ عليه بشيءٍ ، وإِن كَذَّبُه ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ مع يَمِينِه . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ووَجْهٌ لأصحاب الشافعي ؛ لأنَّه ادَّعَى فِعْلَ ما أَمَرَه به مُوَكِّلُه ، فكان القولُ قَوْلَه ، كَمْ لُو أَمْرَهُ بَيْعِ ِ ثَوْبِهِ ، فادَّعَى بَيْعَهِ . وَوَجْهُ الأَوَّلُ ، أَنَّهُ مُفَرِّطٌ بَتَرْكِ الإشْهادِ ، فضَمِن ، كما لو فَرَّطَ في البَيْع ِ بدُون ثَمَن المِثْلِ . فإن قِيلَ : فَلَمْ يِأْمُرْه بِالإِشْهَادِ ؟ قُلْنا : إطْلاقُ الأَمْرِ بِالقَضاءِ يَقْتَضِي ذلك ؛ لأَنَّه لا أَ يَثْبُتُ إِلَّا بِهِ ، فَيَصِيرُ كَأَمْرِهِ بِالبَّيْعِ ِ وِالشِّراءِ ، يَقْتَضَى ذلك العُرْفُ لا

الإنصاف

هذا المذهبُ بشَرْطِه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، كما لو أَمَرَه بالإِشْهادِ فلم يَفْعَلْ . قال في « التَّلْخيصِ » : ضَمِنَ ، في أصحِّ الرِّوايَتَيْن . وهو ظاهِرُ ما جزَم به في

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) في م: ﴿ يَبِرأُ بِهِ ﴾ .

الشرح الكبير العُمُومُ . كذا هـ هُنا . وقِياسُ القولِ الآخَرِ يُمْكِنُ القولُ بمُوجِبِه ، وأنَّ قَوْلَه مَقْبُولٌ في القَضاءِ ، وإنَّما لَزِمَه الضَّمانُ لتَفْرِيطِه ، لا لرَدِّ قَوْلِه . وعلى هذا ، لو كان القَضاءُ بحَضْرةِ المُوَكِّلِ ، لم يَضْمَن ِ الوَكِيلُ ؛ لأَنَّ تَرْكَه الاحْتِياطُ والإِشْهادَ رَضًا منه بما فَعَل وَكِيلُه . وكذلك لو أَذِنَ له في القَضاء بغيرِ إشْهادٍ ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ صَرِيحَ قَوْلِه يُقَدُّمُ على مَا تَقْتَضِيه دَلالةُ الحالِ. وكذلك إن أشْهَدَ على القَضاءِ عُدُولًا فماتُوا أو غابُوا ، فلا ضَمانَ

الإنصاف « الوَجيزِ » ، و « الخِرَقِيِّ » ، وجزَم به في « العُمْدَةِ » وغيرِها . وقدَّمه في « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْـن » ، و « الحاوِيْـن » ، و « الفُــروع ِ » ، و ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ الزُّرْكَشِيُّ ﴾ ، وقال : هذا المذهبُ . وقال القاضي وغيرُه مِنَ الأصحابِ: وسواءً صدَّقَه المُوَكِّلُ أُو كذَّبَه . وعنه ، لا يَضْمَنُ ، سواءً أَمْكَنَه الإِشْهادُ ، (أَوْ لا . اخْتَارَه ابنُ عَقِيلٍ . وقيل : يَضْمَنُ إِنْ أَمْكَنَه الْإِشْهَادُ ' وَلَمْ يُشْهِدْ ، وَإِلَّا فَلا . وقال في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ : ويتَوَجَّهُ احْتِمالٌ ، يَضْمَنُه إِنْ كَذَّبُه المُوَكِّلُ ، وإلَّا فلا . قال الزَّرْكَشِيُّ : وهذا مُقْتَضَى كلام ِ الخِرَقِيِّ .

قوله : إِلَّا أَنْ يَقْضِيَه بِحَضْرَةِ المُوكِّلِ . يعْنِي ، أَنَّه إذا قَضاه بِحَضْرَةِ المُوكِّل ، مِن غيرِ إِشْهادٍ ، لا يَضْمَنُ . وهذا المذهبُ . وجزَم به في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِي » ، و « التَّلْخـيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ ِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرِي » ، و « الحاوِيْين » ، وغيرِهم . قال في « الرِّعايةِ الكُبْرِي » ، و « الفُروعِ ِ » : لم يَضْمَنْ في الأصحِّ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هذا الصَّحيحُ . وقيل : يَضْمَنُ ؛ اعْتِمادًا على أنَّ السَّاكِتَ لا يُنْسَبُ

⁽١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

فَصْلٌ: وَالْوَكِيلُ أَمِينٌ ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ اللَّهَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ اللَّهَ تَفْرِيطٍ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْهَلَاكِ وَنَفْيِ التَّفْرِيطِ .

(على الوَكِيلِ () لَعَدَم تَفْرِيطِه . وإِنِ أَشْهَد مَن يُخْتَلَفُ فى ثُبوتِ الحَقِّ الشرح الكبير بشَهادَتِه ، كشاهِدٍ واحدٍ ، أو رجلًا وامْرَأَتَيْن ، فهل يَبْرَأُ مِن الضَّمانِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْن . فإنِ اخْتَلَفَ الوَكِيلُ والمُوكِّلُ ، فقال : قَضَيْتُ الدَّيْنَ بحَضْرَتِك . فأَنْكَرَ المُوكِّلُ ذلك ، أو قال : أذِنْتَ لى فى قضائِه بغيرِ بَيِّنَةٍ . فأَنْكَرَ المُوكِّلُ ، أو قال : أَشْهَدْتُ على القَضاءِ شُهُودًا فماتُوا . فأَنْكَرَ

فصل: قال المُصنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ: ﴿ وَالْوَكِيلُ أَمِينٌ ، لَاضَمَانَ عَلَيه فَيمَا تَلِفَ فَي يَدِه بغيرِ تَفْرِيطٍ ﴾ سَواءٌ كان بجُعْلٍ أو لا ؛ لأنَّه أَمِينٌ ، أشْبَهَ المُودَعَ . ومتى اخْتَلَفَا فى تَعَدِّى الوَكِيلِ ، أو تَفْرِيطِه فى الحِفْظِ ، أو المُودَعَ .

المُوَكِّلُ ، فالقَوْلُ قَوْلُه ؛ لأنَّ الأصْلَ معه .

إليه قَوْلٌ . وتقدَّم نَظِيرُ هذه المَسْأَلَةِ فيما إذا قضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ ، وتقدَّم هناك ، الإنصاف إذا أشْهَدا ، وماتَ الشَّهودُ ، ونحوُ ذلك . والحُكْمُ هنا كذلك . وتقدَّم أيضًا في الرَّهْنِ ، مَن طُلِبَ منه الرَّدُ ، وقَبِلَ قَوْلُه ، هل له التَّأْخيرُ ليُشْهِدَ ، أم لا ؟ وما يتَعَلَّقُ بذلك ، عندَ قَوْلِه : إذا اخْتَلَفا في رَدِّ الرَّهْنِ . والأصحابُ يذْكُرون المَسْأَلَةَ هنا .

قوله : والوَكِيلُ أَمِينٌ ، لا ضَمانَ عليه فيما يَتْلَفُ في يَدِه بغيرِ تَفْريطٍ ، والقَوْلُ قَوْلُه مع يَمينه في الهَلاكِ ونَفْي ِ التَّفْرِيطِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ

⁽۱ – ۱)في م : (عليه) .

الشرح الكبير مُخالَفَتِه أَمْرَ مُوَكِّلِه ، مثلَ أن يَدَّعِيَ عليه(١) أنَّك حَمَلْتَ على الدّابَّةِ فوقَ طاقَتِها ، أو حَمَلْتَ عليها شيئًا لنَفْسِك ، أو فَرَّطْتَ في حِفْظِها . أو لَبسْتَ الثُّوْبَ ، أو أمَرْتُك برَدِّ المال فلم تَفْعَلْ ، ونحوَ ذلك ، فالقولُ قولُ الوَكِيل مع يَمِينِه ؛ لأنَّه أمِينٌ ، وهذا ممّا يَتَعذَّرُ إقامَةُ البَيِّنةِ عليه ، فلا يُكَلَّفُ ذلك ، كالمُودَعِ . ولأنَّه مُنْكِرٌ لِما يُدَّعَى عليه ، والقولُ قولُ المُنْكِر . وكذلك إِنِ ادَّعَى الوَكِيلُ التَّلَفَ فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ مع يَمينِه ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وهكذا حُكْمُ كلِّ (٢) مَن كان في يَدِه شيءٌ لغيرِه على سَبِيلِ الأمانَةِ ، كالأب ، والوَصِيِّ ، وأمينِ الحاكِم ِ ، والشَّرِيكِ ، والمُضارِبِ ، والمُرْتَهِن ، والمُسْتَأْجِر ؛ لأنَّه لو كُلِّفَ ذلك مع تَعَذُّره عليه (٣) ، لامْتَنَعَ النَّاسُ مِن الدُّخُول في الأماناتِ مع دَعْوَى الحاجَةِ إليها ، وذلك ضَرَرٌ . وقال القاضي : إلَّا أَن يَدُّعِيَ تَلَفَها بِأَمْرٍ ظاهِرٍ ، كالحَرِيقِ والنَّهْبِ ، فعليه إقامَةُ البِّيُّنةِ على وُجُودِ هذا الأمْر في تلك النَّاحِيَةِ ، ثم يكونُ القولَ قَوْلَه في تَلْفِها به . وهذا قولُ الشافعيُّ ؛ لأنَّ وُجُودَ الأمْرِ الظَّاهِرِ

الإنصاف في الجُمْلَةِ . قال القاضي : إلَّا أَنْ يَدُّعِيَ تَلَقًا بِأَمْرِ ظَاهِرٍ ؛ كَالْحَرِيقِ والنَّهْبِ ، ونحوهما ، فعليه إقامَةُ البِّيُّنَةِ على وُجودِ ذلك في تلك النَّاحِيَةِ ، ثم يكونُ القَوْلُ قَوْلَه ف تَلْفِها به . وجزَم به في « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائق » ، و « الزَّرْكَشِيُّ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحاب . قال في « الفُروع ِ » : ويُقْبَلُ قَوْلُه في

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

ممَّا لا يَخْفَى ، فلا يتَعَذَّرُ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عليه . ومتى ثَبَت التَّلَفُ في يَدِه مِن غير تَعَدِّيه ؛ إمَّا لقَبُول قَوْلِه ، أو بإقْرار مُوَكِّلِه أو بَيِّنَةٍ(١) ، فلا ضَمانَ عليه ، سَواءٌ تَلِف المَتاعُ الذي أُمِر بَبَيْعِه ، أو باعَه وقَبَض ثَمَنَه فَتَلِفَ الثَّمَنُ ، سواءٌ كان بجُعْلِ أو غيره ؛ لأنَّه [١٤٦/٤ ط] نائِبُ المالِكِ في اليَدِ والتَّصَرُّفِ، فالهَلاكُ في يَدِه كالهَلاكِ في يَدِ المالِكِ، وجَرَى مَجْرَى المُودَع والمُضارب وشِبْههما . فإن تَعَدَّى أو فَرَّطَ ، ضَمِن . وكذلك سائِرُ الأَمَناء . ولو باع الوَكِيلُ سِلْعَةً وقَبَض ثَمَنَها ، فتَلِفَ في يَدِه مِن غيرٍ تَعَدٌّ ، واسْتُحِقُّ المَبِيعُ ، رَجَعِ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ على المُوَكِّلِ دُونَ الوَكِيل ؛ لأنَّ المَبيعَ له ، فالرُّجُوعُ بالعُهْدَةِ عليه ، كما لو باع بنَفُسِه . ٢٠٢٩ – مسألة : (ولو قال : بعْتُ الثُّوْبَ ، وقَبَضْتُ الثُّمَنَ فَتَلِفَ . فالقولُ قَوْلُه ﴾ إذا اخْتَلَفَ الوَكِيلُ والمُوَكِّلُ في التَّصَرُّفِ ، فيقولُ

قُولُه : وَلُو قَالَ : بِعْتُ الثُّوْبَ ، وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ ، فَتَلِفَ . فالقَوْلُ قَوْلُه . هذا المذهبُ . اخْتَارَه ابنُ حَامِدٍ . قال في ﴿ الفَائِقِ ﴾ : قُبِلَ قَوْلُه في أُصحِّ الوَجْهَيْنِ .

التَّلَفِ ، وكذا إن ادَّعاه بحادثٍ ظاهر ، وشَهدَتْ بَيُّنةٌ بالحادثِ ، قُبِلَ قُولُه مع يَمِينِه . الإنصاف وفى اليَمِينِ رِوايَةٌ ، إذا أَثْبَتَ الحادِثَ الظَّاهِرَ ، ولو باسْتِفاضَةٍ ، أَنَّه لا يَحْلِفُ . ويأتِي نَظِيرُ ذلك في الوَديعَة^(٢) .

⁽١) في م : « تبينه » .

⁽٢) في الأصل : « الرد بعينه » ، وفي ا : « الرد بعيبه » . وسيأتي ذلك في ، كتاب الوديعة .

الشرح الكبير الوَكِيلُ: بعْتُ الثَّوْبَ ، وقَبَضْتُ الثَّمَنَ. فيُنْكِرُ المُوَكِّلُ ذلك ، أو يقولُ: بعْتَ و لم تَقْبضْ (١) شيئًا . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ . ذَكَرَه ابنُ حامدٍ . وهو قُولُ أُصِحَابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ البَيْعَ والقَبْضَ ، فَقُبِلَ قَوْلُه فيهما ، كَا يُقْبَلُ قُولُ وَلِيِّ المُرأَةِ المُجْبَرةِ على النِّكاحِ في تَزْوِيجِها . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ قَوْلُه . وهو أَحَدُ القَوْلَيْن لأصحاب الشافعيِّ ؛ لأنَّه يُقِرُّ بحَقِّ لغيره على مُوَكِّلِه ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أقرَّ بدَيْن عليه . فإن وَكَّلَه في شِراءِ عَبْدٍ ، فَاشْتَرَاهُ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرُ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ ، فَقَالَ : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ . قَالَ : بل بخَمْسِمائةً . فالقولُ قولُ الوَكِيل ؛ لِما ذَكَرْناه . وقال القاضي : القولُ قولُ المُوَكِّلِ ، إِلَّا أَن يكونَ عَيَّنَ له الشِّراءَ بما ادَّعاه ، فقال : اشْتَرِ

الإنصاف وجزَم به في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و ﴿ المُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ الوَجيزِ ﴾ ، وغيرِهم . وصحَّحه في ﴿ النَّظْمِ ﴾ . قال في « الرِّعايتَيْن » : قُبِلَ قَوْلُ الوَكِيلِ ، في الأَشْهَرِ . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » . وقيل : لا يُقْبَلُ قَوْلُه . وهو احْتِمالٌ في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ » . وأطْلَقهما في « الكافِي » .

فائدة : لو وَكُلُّه في شِراءِ عَبْدٍ ، فاشْتَراه ، واخْتَلَفا في قَدْرِ الثُّمَنِ ؛ فقال : اشْتَرَيْتُه بِٱلَّفِي . فقال المُوَكِّلُ : بل بخَمْسِمِائَةٍ . فالقَوْلُ قَوْلُ الوَكِيلِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « الفائقِ ِ » . وقال القاضى: القَوْلُ قَوْلُ المُوَكِّلِ ، إِلَّا أَنْ يكونَ عَيَّنَ له الشِّراءَ بما ادَّعاه الوَكِيلُ ، فيكونَ القَوْلُ قَوْلَه .

⁽١) في ر، ق: (أقبض) .

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ إِلَى الْمُوكِّل ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا . المنع وَإِنْ كَانَ بِجُعْلِ ، فَعَلَى وَجْهَيْن .

الشرح الكبير

لى عَبْدًا بِأَلْفٍ . فادَّعَى الوَكِيلُ أَنَّه اشْتَراه بها ، فالقولُ قولُ الوَكِيل إِذًا ، وإلَّا فالقولُ قولُ المُوَكِّل ؛ لأنَّ مَن كان القولُ قَوْلَه في أَصْل شيءٍ ، كان القولُ قَوْلَه في صِفَتِه . وللشافعيِّ قَوْلانِ كَهَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ . وقال أبو حنيفة : إن كان الشِّراءُ في الذِّمَّةِ ، فالقولُ قولُ المُوكِّل ؛ لأنَّه غارمٌ ، لكَوْنِه مُطالبًا بالثَّمَن ، وإنِ اشْتَرى بعَيْن المال ، فالقولُ قولُ الوَّكِيلِ ؟ لكَوْنِه الغارمَ ، فإنَّه يُطالِبُه برَدِّ ما زاد على خَمْسِمائةٍ . ولَنا ، أنَّهما اخْتَلَفا في تَصَرُّفِ الوَكِيلِ ، فكان القولُ قَوْلَه ، كما لو اخْتَلَفا في البَيْع ِ ، ولأنَّه وَكِيلٌ فِ الشِّراءِ ، فكان القولُ قَوْلَه في قَدْرِ ثَمَنِ المُشْتَرَى ، كالمُضارِبِ ، وكما لو قال له : اشْتَر بألْفٍ . عندَ القاضي .

• ٢ • ٢ - مسألة : (وإنِ اخْتَلَفا في رَدِّه إلى المُوَكِّل ، فالقولُ قَوْلُه إِن كَانَ مُتَطَوِّعًا . وإِن كَانَ بِجُعْلِ ، فعلى وَجْهَيْنَ) إِذَا اخْتَلُفا في الرَّدِّ ، فَادُّعَاهُ الْوَكِيلُ وأَنْكَرَهُ المُوَكِّلُ ، فإن كان بغير جُعْلٍ ، فالقولُ قولُ

قوله: وإن اخْتَلَفا في رَدِّه إلى المُوَكِّل ، فالقَوْلُ قَوْلُه ، إِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا . على الإنصاف الصَّحيح ِ مِنَ المذهب ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به الأكثرُ . وقيل : لا يُقْبَلُ قَوْلُه إِلَّا بَبِيُّنَةٍ . ذَكَرَه في ﴿ الرِّعايةِ ﴾ .

> وإنْ كَانَ بَجُعْلِ ، فعلى وَجْهَيْن . وأَطْلَقهما في ﴿ الهِدَايَةِ ﴾ ، و ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ، [٢/ ١٥٤ و ﴿ مَسْبُوكِ الذُّهُبِ ﴾ ، و ﴿ الْمُسْتَوْعِبِ ﴾ ، و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ،

الشرح الكبير الوَكِيلِ ؛ لأنَّه قَبَض المالَ لنَفْع ِ مالِكه ِ ، فكان القولُ قَوْلَه ، كالمُودَع ِ . وإن كان بجُعْل ، ففيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، أنَّ القولَ قَوْلُه ، كالأوَّل . والثاني ، لا يُقْبَلُ قُولُه ؛ لأنَّه قَبَض المالَ لنَفْع ِ نَفْسِه ، فلم يُقْبَلْ قَوْلُه في الرَّدِّ ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وَسُواءٌ اخْتَلَفَا فِي رَدِّ العَيْنِ أُو رَدٍّ ثَمَنِها .

[١٤٧/٤] ٢٠٣١ – مسألة : (وكذلك يُخَرَّجُ في الأجير والمُرْتَهِن ﴾ وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الأُمَناءَ على ضَرْبَيْن ؛ أَحَدُهما ، مَن قَبَض المَالَ لَنَفْع ِ مَالِكِه لا غيرُ ، كَالْمُودَع ِ وَالْوَكِيلِ بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهم في الرَّدِّ ؛ لأنَّه لو لم يُقْبَلْ قَوْلُهم لا مُتَنَعَ الناسُ مِن قَبُولِ هذه الأماناتِ ، فيلْحَقُ

الإنصاف و « الكافِي » ، و « المُغْنِي » ، و « الهادِي » ، و « التَّلْخييص » ، و ﴿ الشُّرْحِ ِ ﴾ ، و ﴿ النَّظْمِ ِ ﴾ ، و ﴿ الحاوِيَيْنِ ﴾ ، و ﴿ الْقُواعِدِ الْفِقْهِيَّةِ ﴾ ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يُقْبَلُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، كالوَصِيِّ . نصَّ عليه ، وهو المذهبُ . وصحَّحه في « التَّصْحيح ِ » . وجزَم به في « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » . واخْتارَه القاضي في « خِلافِه » ، وابنُه أبو الحُسَيْنِ ، والشُّرِيفُ أبو جَعْفُرٍ ، وأبو الخَطَّابِ في ﴿ خِلافِه ﴾ ، وغيرُهم ، وسواءٌ اخْتَلَفا في رَدِّ العَيْنِ أَو رَدِّ ثَمَنِها . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه إِلَّا بَبَيُّنَةٍ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، وابنُ أَبِي مُوسى ، والقاضى في ﴿ المُجَرَّدِ ﴾ ، وابنُ عَقِيل ي ، وغيرُهم .

قوله : وكذلك يُخَرَّجُ في الأُجِيرِ والمُرْتَهِن ِ . وكذا قال في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . قال في « الفائق » : والوَّجْهان في الأجيرِ والمُرْتَهِن ِ . انتهى . وكذا المُسْتَأْجِرُ ، والشَّرِيكُ ، والمُضارِبُ ، والمُودِعُ ، ونحوُهم . قالَه في « الرِّعايةِ » وغيرِها .

الناسَ الضَّرُرُ . الثانى ، مَن (١) يَنْتَفِعُ بِقَبْضِ الأَمانَةِ ، كَالُوَكِيلِ بِجُعْلِ ، والمُضارِبِ ، والأَجِيرِ المُشْتَركِ ، والمُسْتَأْجِرِ ، والمُرْتَفِينِ ، ففيهم وَجُهان . ذَكَرَهما أبو الخَطَّابِ ؛ أَحَدُهما ، لا يُقْبَلُ قولُ (١) المُرْتَفِينِ (وَالْعُسْتَأْجِرِ والمُضارِبِ فِي الرَّدِّ ؛ لأَنَّ أَحمدَ نَصَّ عليه في المُضارِبِ ، في رواية ابن مَنْصُورٍ ، ولأَنَّ مَن قَبَضِ المَالَ لنَفْعِ نَفْسِه ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه فِي الرَّدِّ ، كَالمُسْتَعِيرِ . ولو أَنْكَرَ الوَكِيلُ قَبْضَ المَالِ ، ثم ثَبَت ذلك ببينة في الرَّدِّ ، كَالمُسْتَعِيرِ . ولو أَنْكَرَ الوَكِيلُ قَبْضَ المَالِ ، ثم ثَبَت ذلك ببينة أو اعْتِرافٍ ، فادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلَفَ ، لم يُقْبَلُ قَوْلُه ؛ لأَنَّ جِنايَتَه قد ثَبَتَ الوَجَدِه . فإن أقام بينة بما ادَّعاه مِن الرَّدِّ أو التَّلَفِ ، لم تُقْبَلُ بَيْنَه في أَحدِ الوَجَهْنِ ؛ لأَنَّه كَذَّبَها بِجَحْدِه ، فإنَّ قَوْلَه : ما (١) قَبْضُتُ . يَتَضَمَّنُ أَنَّهُ الوَجَهْنِ ؛ لأَنَّه كَذَّبَها بِجَحْدِه ، فإنَّ قَوْلَه : ما (١) قَبْضُتُ . يَتَضَمَّنُ أَنَّه لمَ يُرُدَّ شيئًا . والثانى ، يُقْبَلُ ؛ لأَنَّه يَدَّعَى الرَّدَّ والتَّلَفَ قبلَ وُجُودِ خِيانَتِه ، لم يَرُدَّ شيئًا . والثانى ، يُقْبَلُ ؛ لأَنَّه يَدَّعَى الرَّدَّ والتَّلَفَ قبلَ وُجُودِ خِيانَتِه ، لمَ يَرُدُ شيئًا . والثانى ، يُقْبَلُ ؛ لأَنَّه يَدَّعَى الرَّدَّ والتَّلَفَ قبلَ وُجُودِ خِيانَتِه ،

وتقدَّم فى كلام المُصَنِّف ، أنَّ القَوْلَ قَوْلُ الرَّاهِن إِذَا ادَّعَى المُرْتَهِنُ ردَّه ، وأَنَّه الإنصاف المذهبُ . وتقدَّم فى البابِ الذى قبلَه ، أنَّ القَوْلَ قَوْلُ الوَلِيِّ فى دَفْع المَالِ إلى المُولَّى عليه ، على الصَّحيح . ويأْتِى فى كلام المُصَنِّف ، فى المُضارَبَة ، أنَّ القَوْلَ قولُ رَبِّ المَالِ فى رَدِّ المَالِ إليه ، ويأْتِى الخِلافُ فيه . ويأْتِى فى كلام المُصَنِّف ، فى بابِ الوَدِيعَة ، أنَّ القَوْلَ قولُ المُودِع فى الرَّدِ ، على الصَّحيح مِنَ المذهب .

فَائدة : لوِ ادَّعَى الرَّدَّ إلى غيرِ مَن ِ اثْتَمَنَه بإذْنِ المُوَكِّلِ ، قُبِلَ قَوْلُ الوَكِيلِ . على الصَّحيح ِ مِنَ المُذهبِ ، نصَّ عليه . واخْتارَه أبو الحَسَن ِ التَّمِيمِيُّ ، قالَه ف

⁽١) سقط من :م .

⁽٢) سقط من : الأصل .

⁽٣ - ٣) سقط من : م .

⁽٤) سقط من : م .

المنع وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتَ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً ، وَفِي الشِّرَاء بِخَمْسَةٍ . فَأَنْكَرَهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير فإن كان جُحُودُه أنك لا(١) تَسْتَحِقُ عَلَى شيئًا ، أو ما لَكَ عندي شيءٌ ، سُمِع قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ جَوابَه لا يُكَذِّبُ ذلك ، فإنَّه إذا كان قد تَلِف أُو رُدٌّ ، فليس له عندَه شيءٌ ، فلا تَنافِيَ بينَ القَوْلَيْنِ ، إِلَّا أَن يَدَّعِيَ أَنَّه رَدُّه أُو تَلِف بعدَ قَوْلِه : مَا لَكَ عندِي شيءٌ . فلا يُسْمَعُ قَوْلُه ؛ لثُبُوتِ كَذْبِه و خيانَته .

٢٠٣٢ - مسألة : (فإن قال : أَذِنْتَ لي في البَيْعِ ِنَساءً ، وفي الشِّراءِ بِخَمْسةٍ . فأَنْكَرَه ، فعلى وَجْهَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّهما متى اخْتَلُفا في صِفَةِ الوَكَالَةِ ، فقال : وَكُلْتُك في بَيْع ِ هذا العَبْدِ . قال : بل في بَيْع ِ هذه

« القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والأَرْبَعِين » . وقيل : لا يُقْبَلُ قُولُه . فقِيلَ : لتَفْريطِه بتَرْكِ الإشهادِ على المَدْفُوعِ إليه ، فلو صدَّقَه الآمِرُ على الدَّفْعِ ، لم يَسْقُطِ الضَّمانُ . وقيل : بل لأنَّه ليس أمِينًا للمَأْمُورِ بالدَّفْعِ إليه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُه في الرَّدِّ إليه ، كالأَجْنَبيّ . وكلُّ مِنَ الْأَقُوالِ النَّلاثَةِ قد نُسِبَ إلى الخِرَقِيِّ . هذا كلامُه في « القواعِدِ » . وقال في « الفُروع ِ » : فلا يُقْبَلُ قَوْلُه في دَفْع ِ المالِ إلى غيرِ رَبِّه ، وإطْلاقُهم ، ولا في صَرْفِه فى وُجوهٍ عُيُّنتْ له مِن أَجْرَةٍ لَزِمَتْه . وذكرَه الآدَمِيُّ البَغْدادِئُ . انتهى . وجزَم به في ﴿ الرِّعايةِ الكُبْرِي ﴾ ، أنَّه لا يُقْبَلُ قَوْلُ كلِّ مَنِ ادَّعَى الرَّدَّ إلى غيرِ مَنِ ائتمنَه . قوله : وإنْ قال : أَذِنْتَ لي في البَيْعِ نَساءً ، وفي الشِّراء بخَمْسَةٍ . فأنْكَرَه ،

فعلى وَجْهَيْن . وأَطْلَقهما في ﴿ المُذْهَبِ ﴾ ؛ أحدُهما ، القَوْلُ قَوْلُ الوَكِيلِ . وهو

⁽١) سقط من : ر .

..... المقنع

الشرح الكبير

الأُمَةِ ('') ، أو قال : ('وَكَّلْتُكَ فِي البَيْعِ بِالْفَيْنِ . قال : بل بالْفٍ . أو قال : وَكَّلْتُكَ فِي قال : وَكَّلْتُكَ فِي السِّمَةِ . أو قال : وَكَّلْتُكَ فِي السِّمَاءِ عَبْدٍ . قال : بل في شِراءِ أَمَةٍ . أو قال : وَكَّلْتُكَ فِي الشِّراءِ بِعَشَرَةٍ . قال : بل بخَمْسَةٍ . فقال القاضي ('') : القولُ قولُ المُوكِّل . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْي ، والشافعي ، وابن المُنْذِر . وقال أبو الخَطَّاب : إذا قال : أذِنْتُ لك في البَيْعِ نَقْدًا ، وفي الشِّراءِ بخَمْسَةٍ . قال : بل أَذِنْتَ لي في البَيْعِ نَقْدًا ، وفي الشِّراءِ بخَمْسَةٍ . قال : بل أَذِنْتَ لي في البَيْعِ نَسِيئَةً ، وفي الشِّراء بعشَرَةٍ . فالقولُ قولُ الوَكِيل . نَصَّ عليه أَمْدُ ('') في المُضارَبَةِ ؛ لأَنَّه أَمِينٌ في التَّصَرُّفِ ، فكان القولُ قَوْلَه في أَمْمِينَ فِي التَّصَرُّفِ ، فكان القولُ قَوْلَه في صَفَيْهِ ، كالخَيَّاطِ إِذَا قال : أَذِنْتَ لي في تَفْصِيلِه قَبَاءً . قال : بل قَمِيصًا . وحُكِي عن مالك إذا قال : أَذْرِكَتِ السِّلْعَةُ ، فالقولُ قولُ المُوكِل ، وإن فاتَتْ نَزِم الوَكِيلَ الضَّمانُ ، وإن فاتَتْ ، فالقولُ قولُ الوَكِيلَ الضَّمانُ ، وإن

المذهبُ ، نصَّ عليه في المُضارِبِ . قال في « الرِّعايةِ الكُبْرى » : صِدْقُ الوَكِيلِ الإنصاف في الإشهَادِ حَلِفٌ . وقدَّمه في « الهدايةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُشتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِي » ، و « الحاوِي الكَبِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، والوَجْهُ الثَّاني ، القَوْلُ قَوْلُ المالِكِ . اخْتارَه القاضي . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » . وجزَم به في « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « الوَجيزِ » .

⁽١) في م : (الجارية) .

⁽٢ - ٢) سقط من : م .

⁽٣) بعده في م : ﴿ فِي الْجِرِدِ ﴾ .

⁽٤) بعده في م : ﴿ وَاخْتَارُهُ الْقَاضِي وَالْتَعْلِيقِ الْكَبِيرِ ﴾ .

الشرح الكبير والأصلُ عَدَمُه ، بخِلافِ ما إذا كانت مَوْجُودَةً . [١٤٧/٤ ط] والقولُ الأُوَّلُ أَصَحُّ ؛ لوَجْهَيْن ؛ أَحَدُهما ، أنَّهما اخْتَلَفا في التَّوْكِيل الذي يَدَّعِيه الوَكِيلُ(١) ، فكان القولُ قولَ مَن يَنْفِيه ، كما لو لم يُقِرَّ المُوَكِّلُ بتَوْكِيلِه في غيرِه . والثاني ، أنَّهما اخْتَلَفا في صِفَةِ قولِ المُوَكِّلِ ، فكان القولُ قَوْلَه في صِفَةِ كَلامِه ، كما لو اخْتَلَفَ الزُّوْجانِ في صِفَةِ الطُّلاقِ . فعلى هذا ، إِذَا قَالَ : اشْتَرِيْتُ لَكَ هذه الجارِيَةَ بَإِذْنِكَ . قَالَ : مَا أَذِنْتُ لَكَ (٢) إِلَّا فِي شِراء غير ها . أو قال : اشْتَرَيْتُها لك بأَنْفَيْن . فقال : ما أَذِنْتُ لك في شِرائِها إِلَّا بِأَلْفٍ . فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ، وعليه اليَمِينُ . فإذا حَلَف بَرِئً مِن الشِّراء . ثم لا يَخْلُو ؛ إمَّا أن يكونَ الشِّراءُ بعَيْنِ المال أو في الذِّمَّةِ ، فإن كان بعَيْنِ المالِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، ويَرُدُّ الجارِيةَ على البائِع ِ إِنِ اعْتَرَفَ بذلك ،

فائدة : وكذا الحُكْمُ لو قال : أَذِنْتَ لي في البَيْعِ بغيرِ نَقْدِ البَلَدِ . أو اخْتَلَفا في صِفَةِ الإِذْنِ . وكذا حُكْمُ المُضارِب في ذلك كلِّه . نصَّ عليه ، واختارَه المُصَنِّفُ. فعلى الوَّجْهِ الثَّانِي ، إذا حلَف المالِكُ ، بَرِئَ مِنَ الشِّراء . فلو كان المُشْتَرَى جاريَةً ، فلا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يكونَ الشِّراءُ بعَيْنِ المالِ ، أو في الذِّمَّةِ ؛ فإنْ كان بعَيْنِ المالِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، وتُرَدُّ الجارِيَةُ على البائع ِ ، إنِ اعْتَرِفَ بذلك . وإنْ كُذَّبِهِ فِي الشِّراءِ لغيرِهِ ، أو بمالِ غيرِه بغيرِ إِذْنِه ، فالقَوْلُ قولُ البائع ِ . فلو ادَّعَى الوَكيلُ عِلْمَه بذلك ، حلَف أنَّه لا يَعْلَمُ أنَّه اشْتَراه بمالِ مُوَكِّلِه ، فإذا حلَف مضَى البِّيْعُ ، وعلى الوَكِيلِ غَرامَةُ الثَّمَنِ لمُوَكِّلِه ، ودَفْعُ الثَّمَنِ إلى البائع ِ ، وَتَبْقَى الجارِيَةُ

⁽١) في الأصل، م: (الموكل).

⁽٢) سقط من : م .

وإن كَذَّبه فى أنَّ الشِّراءَ لغيرِه ، أو بمالِ غيرِه ، (أو بغيرِ) إذْنِه ، فالقولُ قولُ البائِع ِ ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّ ما فى يَدِ الإِنْسانِ له . فإنِ ادَّعَى الوَكِيلُ عِلْمَه بذلك ، حَلَف أنَّه لا يَعْلَمُ أنَّه اشْتَراه بمالِ مُوكِّلِه ؛ لأنَّه يَحْلِفُ على نَفْى فِعْل غيرِه ، فإذا حَلَف ، مَضَى البَيْعُ ، وعلى الوَكِيل ِ غَرامَةُ التَّمَن لِمُوكِّلِه ، ودَفْعُ الثَّمَن إلى البائِع ِ ، وتَبْقَى الجارِيةُ فى يَدِه ، لا تَحِلُّ له ؛ لأنَّه إن كان كان كان صادِقًا فهى للمُوكِّل ، وإن كان كاذبًا فهى للبائِع ِ . فإن أراد

الإنصاف

في يَدِه ، لا تحِلُّ له ، فإنْ أرادَ اسْتِحْلالَها ، اشْتَراها ممَّن هي له في الباطِن ؛ لتَحِلَّ له ظاهِرًا وباطِنًا . فلو قال : بِعْتُكها ، إنْ كَانَتْ لى . أو : إنْ كُنْتُ أَذِنْتُ لك في شِرائِها بكذا ، فقد بِعْتُكها . ففي صِحَّتِه وَجْهان . وأطْلَقهما في « المُعْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « القواعِدِ » ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ ؛ لأنّه بَيْعٌ مُعلَّقٌ على شَرْطٍ . اختارَه القاضي . وقدَّمه في « الرِّعايةِ الكُبْري » . والوَجْهُ النَّاني ، يصِحُّ ؛ لأنَّ هذا واقعٌ يعْلَمان وُجودَه ، فلا يَضُرُّ جَعْلُه شَرْطًا ، كما لو قال : بِعْتُك هذه الأَمَةَ . إنْ كانتْ أمّةً . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وهو احْتِمالٌ في « الكافِي » ، ومالَ إليه هو ، وصاحِبُ « القواعِدِ » . وكذا كلُّ شَرْطٍ عَلِما [٢/ ١٥٤ ع) وُجودَه ، فإنَّه لا يُوجِبُ وُقوفَ البَيْعِ ، ولا يُؤثِّهُ فيه شَكَّا أصلًا . وقد ذكر ابنُ وجودَه ، فإنَّه لا يُوجِبُ وُقوفَ البَيْعِ ، ولا يُؤثِّهُ فيه شَكَّا أصلًا . وقد ذكر ابنُ عقيل في « الفُصولِ » ، أنَّ أصْلَ هذا قوْلُهم في الصَّوْم : إنْ كان غدًا مِن رَمَضانَ ، فهو فَرْضِي ، وإلَّا فَنَفْلٌ . وذكر في « التَبْصِرَةِ » ، أنَّ التَّصَرُّفاتِ كالبَيْعِ نَساءً . انتهى .

تنبيه: لوِ امْتَنَعَ مِن بَيْعِها مَن هي له في الباطِنِ ، رفَع الأَمْرَ إلى الحاكم ؛ ليَرْفُقَ به ليَبِيعَه إيَّاها ، ليثْبُتَ له المِلْكُ ظاهِرًا وباطِنًا ، فإنِ امْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ عليه ، وله بَيْعُها

⁽١ – ١) سقط من ق ، وفي م : ﴿ بغير » .

الشرح الكبع اسْتِحْلالَها ، اشْتَراها ممَّن هي له في الباطِن ، فإنِ امْتَنَع مِن بَيْعِه إيّاها ، رَفَع الأَمْرَ إلى الحاكِم ؛ ليَرْفُقَ به ليَبيعَه إيّاها ، ليَثْبُتَ المِلْكُ له ظاهِرًا و باطِنًا ، و يَصِيرَ ما ثَبَت له في ذِمَّتِه ثَمَنًا قِصاصًا بالذي(') أَخَذَ منه الآخَرُ ظُلْمًا ، فإنِ امْتَنَعَ الآخَرُ مِن البَيْع ِ ، لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّه عَقْدُ مُراضاةٍ . فإن قال له : إن كانتِ الجارِيةُ لي فقد بعْتُكَها . أو قال المُوَكِّلُ : إن كُنْتُ أَذِنْتُ لَكَ فِي شِرائِها بِأَلْفَيْنِ (٢) فقد بعْتُكَها . ففيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، لا يَصِحُّ . وهو قولُ القاضي ، وبعض الشافِعيَّة ِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . والثاني يَصِعُ ؛ لأنَّ هذا أمْرٌ واقِعٌ يَعْلَمان وُجُودَه ، فلا يَضُرُّ^(٦) جَعْلُه شَرْطًا ، كَالُو قال : إن كانت هذه الجارية جارية ، فقد بعْتُكَها . وكذلك كُلُّ شَرْطٍ عَلِما وُجُودَه ، فإنَّه لا يُوجبُ وُقُوفَ البَيْعِ ولا شَكًّا فيه . وأمَّا إِن كَانَ الوَكِيلُ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ ، ثَمْ نَقَد الثَّمَنَ ، صَحَّ الشِّراءُ ، ولَزِم الوَكِيلَ في الظَّاهِر ، فأمَّا في الباطِن ، فإن كان كاذِبًا في دَعْواه فالجاريَةُ (ُله ؛ لأَنَّه اشْتَراها في ذِمَّتِه بغيرِ أمْرِ المُوَكِّل ، وإن كان صادِقًا فالجارِيَةُ ؛ لمُوَكِّلِه .

الإنصاف له ولغيره. قال في « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » : ولا يَسْتَوْفِيه مَن تحتَ يدِه ، كسائرِ الحُقوقِ . قال الأَزَجِيُّ : وقيل : يَبيعُه ، ويأُخُذُ ما غَرِمَه مِن ثَمَنِه . وقال ف « التَّرْغيب » : الصَّحيحُ ، أنَّه لا يجلُّ . وهل تُقرُّ بيَدِه ، أو يأخذُها الحاكِمُ كال ضائع ٍ ؟ على وَجْهَيْن . انتهى . وإنِ اشْتَراها في الذُّمَّةِ ، ثم نقَد الثَّمَنَ ، فالبَّيْعُ

⁽١) في م: ﴿ بِالنَّمِنِ الذِي ﴾ .

⁽٢) في الأصل: ﴿ بِالدِينِ ﴾ .

⁽٣) في م : (يصح ١ .

⁽٤ - ٤) سقط من : م .

فإذا أراد إخلالها تَوصَّلَ إلى شِرائِها منه ، كاذكُرْنا . وكلُّ مَوْضِع كانت للمُوكِل في الباطِن وامْتَنَعَ مِن بَيْعِها للوَكِيل ، فقد حَصَلَت في يَدِ الوَجُوهِ اللَّوكِيل ، وهي للمُوكِل ، وفي ذِمَّتِه ثَمَنُها للوَكِيل ('' ، فأقْرَبُ الوُجُوهِ الوَكِيل وَاللَّوكِيل ('' ، فأقْرَبُ الوُجُوهِ أَن يَأْذَنَ للحاكِم في بَيْعِها ، وتَوْفِية حَقِّه مِن ثَمَنِها ، فإن كانت للوكِيل ('' ، فقد بيعَتْ بإذْنِه ، وإن كانت للمُوكِّل ، فقد باعَها الحاكِم للوكِيل ('' ، فقد باعَها الحاكِم في إيفاء دَيْن امْتَنَعَ المُهارد والمَدينُ مِن وَفائِه . وقد قِيل غيرُ ما ذكرنا . وهذا أَقْرَبُ ، إن شاء اللهُ تعالى . وإنِ اشْتَراها الوكِيلُ مِن الحاكِم بما له على المُوكِل ، جاز ؛ لأنَّه قائِمٌ مَقامَ المُوكِل في ذلك ، أَشْبَهُ ما لو اشْتَرَى من .

فصل : ولو وَكَلَه فى بَيْع عَبْد ، فباعَه نَسِيعَة ، فقال المُوكِّل : ماأذِنْتُ فى بَيْعِه إِلَّا نَقْدًا . فصَدَّقَه الوَكِيلُ والمُشْتَرِى ، فَسَد البَيْعُ ، وله مُطالَبَةُ مَن شاء منهما بالعَبْد إن كان باقِيًا ، وبقِيمَتِه إن تَلِف . فإن أَخذَ القِيمَة مِن الوَكِيلِ ، رَجَع على المُشْتَرِى بها ؛ لأنَّ التَّلَفَ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ الوَكِيلِ ، رَجَع على المُشْتَرِى بها ؛ لأنَّ التَّلَفَ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ

صحيحٌ ، ويَلْزَمُ الوَكِيلَ فِي الظَّاهِرِ . فأمَّا في الباطِنِ ؛ فإنْ كان كاذبًا في دَعُواه ، الإنصاف فالجارِيَةُ لمُوكِّلِه ، فإنْ أرادَ إحْلالَها ، توصَّلَ إلى فالجارِيَةُ لمُوكِّلِه ، فإنْ أرادَ إحْلالَها ، توصَّلَ إلى شرائِها منه كما ذكَرْنا أوَّلًا . وكلُّ مَوْضِع كانتْ للمُوكِّلِ في الباطِن ، وامْتَنَعَ مِن بَيْعِها للوَكِيلِ ، فقد حصَلَتْ في يَدِ الوَكِيلِ وهي للمُوكِّلِ ، وفي ذِمَّتِه ثَمَنُها للوَكِيلِ . فأقرَبُ الوُجوهِ ، أنْ يأذَنَ الحاكِمُ في بَيْعِها ، ويُوفِّيه حقَّه مِن ثَمَنِها ،

⁽١) في م : ﴿ فِي الْوَكِيلِ ﴾ .

⁽٢) في الأصل : (له) .

الشرح الكبير عليه ، وإن أُخَذَها مِن المُشْتَرِي ، لم يَرْجِعْ بالضَّمانِ على أُحَدٍ . وإن كَذَّباه ، وادَّعَيا أنَّه أذِنَ في البَيْع ِ نَسِيئَةً ، فعلى قول القاضي ، يَحْلِفَ المُوَكُلُ ، ويَرْجِعُ في العَيْنِ إِنْ كَانِتِ قَائِمةً ، وإِنْ كَانِتِ تَالِفَةً ، رَجَع (ابقِيمَتِها على مَن شاء منهما ، فإن رجع على المُشترى ، رجع المُشترى على الوَكِيلِ بالثَّمَنِ الذي أُخَذَه منه ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له المبيعَ (٢) ، وإن ضَمِن الوَكِيلُ ، لم يَرْجِعْ على المُشْتَرِى فى الحالِ ؛ لأنَّه يُقِرُّ بصِحَّةِ البَيْعِ ِ وتَأْجِيلِ الثَّمَنِ ، وأنَّ البائِعَ ظَلَمَه بالرُّجُوعِ عليه ، وأنَّه إنَّما يَسْتَجِقُّ المُطالَبَةَ بالثَّمَنِ بعدَ الأَجَلِ ، فإذا حَلَّ الأَجَلُ ، رَجَع الوَكِيلُ على المُشْتَرِي بِأُقَلِ الأَمْرَيْنِ مِن القِيمَةِ أَو الثَّمَنِ المُسَمَّى ؛ لأنَّ القِيمَةَ إِن كانت أَقَلُّ ، فما غَرِم أَكْثَرَ منها ، فلم يَرجِعْ بأَكْثَرَ ممّا غَرِم ، وإن كان الثَّمَنُ أَقَلُّ ، فَالْوَكِيلُ مُعْتَرِفٌ للمُشْتَرِي أَنَّه لا يَسْتَحِقُّ عليه أَكْثَرَ منه ، وأنَّ المُوَكِّلَ ظَلَمَه بأُخْذِ الزَّائِدِ على الثَّمَن ، فلا يَرْجعُ على المُشْتَرِى بما ظَلَم به المُوَكُّلُ . وإِنْ كَذَّبُهُ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ ، فله الرُّجُوعُ على المُصَدِّقِ بغيرٍ يَمِينٍ ، ويَحْلِفُ على المُكَذِّب ويَرْجعُ على حَسَب ما ذَكَرْناه . هذا إنِ اعْتَرَفَ المُشْتَرِي بالوَكَالَةِ ، وإن أَنْكَرَ ذلك ، وقال : إنَّما بعْتَنِي مِلْكَك ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه أَنَّه لا يَعْلَمُ كَوْنَه وَكِيلًا ولا يَرْجِعُ عليه بشيءٍ .

فَإِنْ كَانْتُ لَلْوَكِيلِ ، فقد بِيعَتْ بإِذْنِه ، وإنْ كَانْتُ لَلْمُوَكِّلِ ، فقد باعَها الحاكِمُ في إيفاءِ دَيْنِ امْتنَعَ المَدِينُ مِن وَفائِه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وقد قيلَ غيرُ

⁽۱ - ۱) سقط من : م .

⁽٢) في ر،م: (المنع) .

فصل: إذا قَبَض الوَكِيلُ ثَمَنَ المَبِيعِ، فهو أَمانَةٌ في يَدِه ، لا يَلْزَمُه تَسْلِيمُه قبلَ طَلَبِه ، ولا يَضْمَنُه بِتَأْخِيرِه ؛ لأَنَّه رَضِيَ بِكُوْنِه في يَدِه . فإن طَلَبَه فأَخْر رَدَّه مع إمْكانِه فَتَلِفَ ، ضَمِنه . وإن وَعَدَه رَدَّه ، ثم ادَّعَى إنِّي طَلَبَه فأخْر رَدَّه مع إمْكانِه فَتَلِفَ ، ضَمِنه . وإن وَعَدَه رَدَّه ، ثم ادَّعَى إنِّي كُنْتُ رَدَدْتُه قبلَ طَلَبِه ، أو أَنَّه كان تَلِف ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأَنَّه مُكَذَّبُ لنَفْسِه بوعْدِه رَدَّه . فإن صَدَّقَه المُوكِلُ ، بَرِئ ، وإن كَذَّبه ، فالقولُ قولُ المُوكِلُ . فإن أقام الوَكِيلُ (() بَينَةً بذلك ، قبِلَتْ في أَحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأَنَّه المُوكِلُ ، فكذلك إذا قامَتْ له بَينَةٌ ؛ لأَنَّ البَينَة إحْدَى الحُجَّتَيْن ، فَبَرِئ بها أَلَوْ رَارٍ . والثانِي ، لا يُقْبَلُ ؛ لأَنَّه كَذَّبها بوعْدِه بالدَّفْع 1 / 1/2/2 ما إذا صَدَّقَه ؛ لأَنَّه أَقَرَّ بَراعَتِه ، فلم بوعْدِه بالدَّفْع 1 / 1/2/2 ما إذا صَدَّقَه ؛ لأَنَّه أَقَرَّ بَراعَتِه ، فلم بوعْده بالدَّفْع 1 / 1/2/2 ما إذا صَدَّقَه ؛ لأَنَّه أَقَرَّ بَراعَتِه ، فلم الرَّدَّ أَو التَلَفَ ، لم يُعْدُه برَدِّه ، لكنْ مَنعَه أو مَطَلَه مع إمْكانِه ، ثم ادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلُف ، لم يُعْدُه برَدِّه ، لكنْ مَنعَه أو مَطَلَه مع إمْكانِه ، ثم ادَّعَى الأمانَة ، وتُسْمَعُ بَيُنتُه ؛ لأَنَّه لم يُكَذَّبُها .

ذلك . وهذا أَقْرَبُ ، إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى . وإِنِ اشْتَرَاهَا الوَكِيلُ مِنَ الحَاكَمِ بِمَا لَهُ عَلَى الإنصاف المُوَكِّلِ ، جَازَ . وقال الأَزَجِىُّ : إِنْ كَانَ الشِّرَاءُ فِي الذِّمَّةِ ، وادَّعَى أَنَّهُ يَيْتَاعُ بِمَالِ المُوكَالَةِ ، فَصَدَّقَه البَائعُ أُو كَذَّبَهَ ، فقِيلَ : يَيْطُلُ ، كَالُو كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا ، وكَقَرْلِه : قَبِلَ النَّكَاحُ لَفُلانٍ الغَائبِ . فَيُنْكِرُ الوَكَالَةَ . وقيل : يَضِعُّ ، فإذا حلَف المُوكِلُ مَا أَذِنَ لَه ، لَزَمَ الوَكِيلَ .

⁽١) سقط من : م .

⁽۲) فى ر ، ق : « منها » .

المتنع وَإِنْ قَالَ : وَكَّلْتَنِي أَنْ أَتَزَوَّ جَلَكَ فُلَانَةً ، فَفَعَلْتُ . وَصَدَّقَتْهُ الْمَرْأَةُ ، فَأَنْكَرَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ بِغَيْرِ يَمِينٍ . وَهَلْ يَلْزَمُ الْوَكِيلَ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؟ عَلَى وَجْهَيْن .

الشرح الكبير

قَهَعُلْتُ . وصَدَّقَتُه المرأةُ ، فأنْكَرَ ، فالقولُ قولُ المُنْكِرِ بغيرِ يَمِين . وهل فَهَعُلْتُ . وصَدَّقَتُه المرأةُ ، فأنْكَرَ ، فالقولُ قولُ المُنْكِرِ بغيرِ يَمِين . وهل يَلْزَمُ الوَكِيلَ نِصْفُ الصَّداقِ ؟ على وَجْهَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الوَكِيلَ والمُوكِيلَ نِصْفُ الصَّداقِ ؟ على وَجْهَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الوَكِيلَ والمُوكِيلَ فالمُوكِلُ ، فقال : وَكَلْتَنِي . فأَنْكَرَ المُوكِلُ ، فالقولُ قَوْلُه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الوكالَةِ ، و لم يُثْبِتْ أنَّه أمِينُه فيُقْبَلَ قَوْلُه عليه . ولو قال ولو قال : وَكَلْتُكُ ، ودَفَعْتُ إليك مالًا . فأنكرَ الوكِيلُ ذلك كلّه ، أو اعْتَرَفَ بالتَّوْكِيلِ ، وأَنْكَرَ دَفْعَ المالِ إليه ، فالقولُ قَوْلُه ؛ لذلك . ولو قال اعْتَرَفَ بالتَّوْكِيلِ ، وأَنْكَرَ دَفْعَ المالِ إليه ، فالقولُ قَوْلُه ؛ لذلك . ولو قال رجلٌ لآخَرَ : وَكَلْتَنِي أَن أَتَزَوَّ جَلكَ فَلانَةَ ، فَفَعْلْتُ . وادَّعَتِ المرأةُ ذلك ، فأنكرَ المُوكِلُ ، فالقولُ قَوْلُه . نصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إن أقام البَيِّنَةَ ، فأنكرَ المُوكِلُ ، فالقولُ قَوْلُه . نصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إن أقام البَيِّنَةَ ، وَإِلَّا فلا يَلْزَمُ الآخَرَ عَقْدُ النُّكاحِ . قال أحمدُ : ولا يُسْتَحْلَفُ . قال وإلَّا فلا يَلْزَمُ الآخَرَ عَقْدُ النُّكاحِ . قال أحمدُ : ولا يُسْتَحْلَفُ . قال

الإنصاف

قوله: وإنْ قالَ: وَكَالْتَنِي أَنْ أَتَزَوَّجَ لك فُلانَةً ، فَفَعَلْتُ . وصَدَّقَتْه المَرْأَةُ ، فأَكْرَه ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ – نصَّ عليه – بغير يَمِين . قال الإمامُ أحمدُ : لا يُسْتَحْلَفُ . قال القاضى : لأنَّ الوَكِيلَ يدَّعِي حقًّا لغيرِه . فأمَّا إنِ ادَّعَتْه المَرْأَةُ ، فينُبَغِي أَنْ تُسْتَحْلَفَ ؛ لأَنَّها تدَّعِي الصَّداق في ذِمَّتِه . وقالَه الأصحابُ بعدَه . وهو صحيحٌ .

قوله: وهل يَلْزَمُ الوَكِيلَ نِصفُ الصَّداقِ ؟ على رِوايتَيْن . وأَطْلَقهما في « الهِدايةِ » ، و « الفُصولِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

القاضي : لأنَّ الوَكِيلَ يَدُّعِي حَقًّا لغيره . فأمَّا إنِ ادَّعَتْه المرأةُ ، فيَنْبَغِي أن يُسْتَحْلَفَ ؛ لأَنَّها تَدَّعِي الصَّداقَ في ذِمَّتِه ، فإذا حَلَف ، لم يَلْزَمْه الصَّداق ، و لم يَلْزَمِ الوَكِيلَ منه شيءً ؛ لأنَّ دَعْوَى المرأةِ على المُوَكِّلِ ، و حُقُوقُ العَقْدِ لا تَتَعَلَّقُ بالوَكِيلِ . ونَقَل إسحاقُ بنُ إبراهيمَ عن أحمدَ ، أنَّ الوَكِيلَ يَلْزَمُه نِصْفُ الصَّداقِ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ في الشِّراء ضامِنٌ للثَّمَنِ ، وللباثِع ِ مُطالَبَتُه به(١) ، كذا هـ هُمنا . ولأنَّه فَرَّطَ حيث لم يُشْهِدْ على الزَّوْجِ بالعَقْدِ والصَّداقِ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لِما ذَكَرْناه . ويُفارقُ الشِّراءَ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مَقْصُودُ البائِعِ ، والعادَةُ تَعْجيلُه وأَخْذُه مِن المُتَوَلِّي للشِّراء ، والنِّكاحُ يُخالِفُه في هذا كلُّه . فإن كان الوَكِيلُ ضَمِن المَهْرَ ، فلها الرُّجُوعُ عليه بنِصْفِه ؛ لأنَّه ضَمِنَه عن (١) المُوَكِّل ، وهو مُقِرٌّ بأنَّه في ذِمَّتِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وأبو يُوسُفَ ، والشافعيُّ . وقال محمدُ بنُ الحسن : يَلْزَمُ الوَكِيلَ جَمِيعُ الصَّداقِ ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ لم تَقَعْ بإنْكارِه ، فيكونُ ثابتًا في

و ﴿ الخُلاصَةِ ﴾ ، و ﴿ المُغْنِي ﴾ ، و ﴿ الهادِي ﴾ ، و ﴿ شَرْحِ ِ ابنِ مُنَجَّى ﴾ ، الإنصاف و « الفائقي » ، و « المُحَرَّر » ، و « شَرْحِه » ؛ إحْداهما ، لا يَلْزَمُه . وهو المذهبُ . صحَّحه في « التَّصْحيحِ » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به في « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « الكافِي » . والرُّوايةُ الثَّانيةُ ، يَلْزَمُه . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وجزَم به ابنُ رَزِين ٍ في « نِهايَتِه » ، و « نَظْمِها » . وصحَّحه في « النَّظْم » .

⁽١) سقط من : م .

⁽٢) سقط من : م .

الشرح الكبير الباطِن ، فيَجبُ جَمِيعُه . ولَنا ، أنَّه يَمْلِكُ الطَّلاق ، فإذا أنْكُو ، فقد أقرَّ بتَحْريمِها عليه ، فصار بمَنْز لَة إيقاعِه لِما تَحْرُمُ به . قال أحمدُ : ولا تَتَزَوَّ جُ المرأةُ حتى يُطَلِّقَ ، لَعَلَّه يكونُ كاذِبًا في إنْكاره . وظاهِرُ هذا تحريمُ نكاحِها قبلَ طَلاقِها ؟ لأَنَّهَا مُعْتَرِفَةٌ بأنَّها زَوْجَةً له ، فيُؤْخَذُ بإقرارها ، وإنكارُه ليس بطَلاقٍ . وهل يَلْزَمُ المُوَكِّلَ [١٤٩/٤] طَلاقُها ؟ فيه احْتِمالان ؛ أَحَدُهما ، لا يَلْزَمُ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ في حَقِّه نِكاحٌ ، ولو ثَبَت لم يُكَلَّف الطُّلاقَ . ويَحْتَمِلُ أَن يَلْزَمَه ؛ لإزالَةِ الاحْتِمالِ ، وإزالَةِ الضَّرَرِ عنها بما لا ضَرَرَ عليه فيه ، فأشْبَهَ النِّكاحَ الفاسِدَ . ولو مات أَحَدُهما لم يَرثْه الآخَرُ ؟ لأَنَّه لم يَثْبُتْ صَداقُها(١) فتَرِثَ ، وهو يُنْكِرُ أَنَّها زَوْجَتُه فلا يَرثُها . ولو ادَّعَى أَنَّ فُلانًا الغائِبَ وَكُلُه(٢) في تَزَوُّ ج ِ امرأةٍ ، فَتَزَوَّجَها له ، ثم مات الغائِبُ ، لم تَرثْه المرأةُ إِلَّا بتَصْدِيقِ الوَرَثةِ أَو يَثْبُتُ ببَيِّنَةٍ . وإن أقَرَّ المُوَكِّلُ بالتَّوْكِيلِ فِي التَّزْويجِ ِ ، وأَنْكَرَ أَن يكونَ الوَكِيلُ٣ تَزَوَّجَ له ، كان القولُ

الإنصاف

فوائد ؛ الأولَى ، يَلْزَمُ الوَكِيلَ تَطْلِيقُها . على الصَّحيح مِنَ المذهب . صحَّحه في « النَّظْم » . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : لايَلْزَمُه . وهما احْتِمالان مُطْلَقان (1) في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ » . الثَّانيةُ ، لو اتَّفَقَ على أنَّه وَكَّلَه فِي النِّكَاحِ ِ ، فقال الوَكِيلُ : تَزَوَّجْتُ لك . وأَنْكَرَه المُوَكِّلُ ، فالقَوْلُ قَوْلُ

⁽۱) في ر ، ق : « صدقها » .

⁽٢) في م: « وكيله ».

⁽٣) سقط من : م .

⁽٤) في الأصل ، ط: « مطلقًا » .

قولَ الوَكِيل فيه ، فيَثْبُتُ التَّزْويجُ هـٰهُنا . وقال القاضي : لا يَثْبُتُ . وهو الشرح الكبير قُولُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّه لا تَتَعَذَّرُ إِقَامَةُ البِّينَةِ عليه ، لكَوْنِه لا يَنْعَقِدُ إلَّا بها . وذَكَرَ أَنَّ أَحمدَ نَصَّ عليه . وأشار إلى نَصِّه فيما إذا أَنْكَرَ المُوَكِّلُ الوَكالَةَ مِن أَصْلِها . ولَنا ، أنَّهما اخْتَلَفا في فِعْل الوَكِيل ما أُمِر(١) به ، فكان القولُ قَوْلَه ، كما لو وَكُّلَه في بَيْع ِ ثَوْب ، فادَّعَى بَيْعَه ، أو في شِراء عَبْدٍ بِأَلْفِ ، فادَّعَى أَنَّه اشْتَراه به . وما ذَكَرَه القاضي مِن نَصِّ أَحمدَ (٢) فيما إذا أَنْكَرَ المُوَكِّلُ" الوَكالَةَ ، فليس بنَصِّ هـ هُنا ؛ لاختِلافِ أَحْكام الصُّورَتَيْن وتَبايُنِهِما ، فلا يكونُ النَّصُّ في إحْداهما نَصًّا في الْأُخْرَى . وما ذَكَرَه مِن المَعْنَى لا أَصْلَ له ، فلا يُعَوَّلُ عليه .

الإنصاف

الوَكِيلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشُّرْحِ ِ » ، و « الفُروع ِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « الفائقِ » . وعنه ، القَوْلُ قَوْلُ المُوَكِّل ؛ لاشتِراطِ البَيِّنَةِ . اختارَه القاضي وغيرُه . وجزَم به في « الحاوى الصَّغِيرِ » . قال في « الرِّعايتَيْنِ » : قُبلَ قَوْلُ المُوَكِّلِ في الأُقْيَسِ . وذكرَه في « التُّلْخيص » ، و « التَّرغيب » ، عن أصحابنا ، كأصل الوكالَة . فعلى هذه الرُّوايةِ ، يَلْزَمُ المُوَكِّلَ طَلاقُها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ، نصَّ عليه ، كالأُولَى . وقيل : لا يَلْزَمُه . وعلى الرُّوايةِ الثَّانيةِ ، لا يَلْزَمُ الوَكِيلَ نِصْفُ المَهْرِ إِلَّا بشَرْطٍ . الثَّالثةُ ، لو قال : وَكُلْتَنِي فِي بَيْعِ كِذَا . فَأَنْكُرَ المُوَكِّلُ ، وصدَّقَ البائعُ ، لَزِمَ وَكِيلُه ، في ظاهر كلام المُصَنِّفِ . قالَه في ﴿ الفُروعِ ِ ﴾ ، وقال : وظاهِرُ كلامٍ

⁽١) في م: ﴿ أَمره ﴾ .

⁽٢) بعده في م : « عليه » .

⁽٣) في الأصل : ﴿ الوكيل ﴾ .

فصل : ولو غاب رجل ، فجاء رجل إلى امْرَأتِه فَذَكَرَ أَنَّ زَوْ جَها طَلَّقَها وأبانَها ووَكَّلَه في تَجْدِيدِ نِكَاحِها بأَلْفٍ ، فأَذِنَتْ في نِكَاحِها ، فعَقَدَ عليها ، وضَمِن الوَكِيلُ الأَلْفَ ، ثم جاء زَوْجُها فأنْكَرَ هٰذا كلَّه ، فالقولُ قَوْلُه ، والنُّكَاحُ الأُوَّلُ بحالِه . وقِياسُ ما ذَكَرْناه أنَّ المرأةَ إن صَدَّقَتِ الوَكِيلَ ، لَز مَه الأُلْفُ إِلَّا أَن يُبِينَها زَوْجُها قبلَ دُخُولِه بها . وحُكِيَ ذلك عن مالكِ ، وزُفَرَ . وحُكِيَ عن أبي حنيفةَ ، والشافعيِّ ، أنَّه لا يَلْزَمُ الضَّامِنَ شيءٌ ؛ لأنَّه فَرْعٌ على المَضْمُونِ عنه ، والمَضْمُونُ عنه لا يَلْزَمُه شيءٌ ، فكذلك فَرْعُه . ولَنا ، أَنَّ الوَكِيلَ مُقِرٌّ بأنَّ الحَقَّ في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، وأنَّه ضامِنٌ عنه ، فلَزمَه ما أُقَرَّ به ، كما لو ادَّعَى على رجل أنَّه ضَمِن له(١) أَلْفًا على أَجْنَبيٌّ ، فأُقَرَّ الضَّامِنُ بالضَّمانِ وصِحَّتِه وثُبُوتِ الحَقِّ في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه، ''وأَنْكَرَه المَضْمُونُ عَنْه' . وكما لو ادَّعَى شُفْعَةً عَلَى إنسانٍ في شِقْصٍ اشْتَراه ، فأقَرَّ البائعُ وأنْكَرَه المُشْتَرى ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ في أَصَحّ

الإنصاف غيره ، أنَّه كمَهْر ، أو لا يَلْزَمُه شيءٌ ؛ لعَدَم تَفْريطِه بتَرْكِ البَيُّنَة . قال : وهو أظْهَرُ . الرَّابِعَةُ ، قَوْلُه : فلو قال : بِعْ ثَوْبِي بِعَشَرَةٍ ، فما زادَ ، فلكَ . صَحَّ . نَصَّ عليه . قال الإمامُ أحمدُ : هل هذا إلَّا كالمُضارَبَةِ ؟ واحْتَجَّ له بقَوْلِ ابنِ عَبَّاسٍ ، يعْنِي ، أَنَّهُ أَجَازَ ذَلَكَ ، وهو مِن مُفْرَدَاتِ المذهب . لكِنْ لو باعَه نَسِيئَةً بزيادَةٍ ؛ فإنْ قُلْنا : لا يصِحُّ البَيْعُ. فلا كلامَ. وإنْ قُلْنا : يصِحُّ. اسْتَحَقَّ الزِّيادَةَ . جزَم به في « الفُروعِ » وغيرِه . الخامِسةُ ، يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ قبلَ قَبْضِ الثَّمْنِ ، ما لم يَشْتَرِطْ

⁽١) سقط من : م .

٢ - ٢) سقط من : م . وفي الأصل : « وأنكره المضمون » .

وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِجُعْلٍ وَبِغَيْرِهِ ، فَلَوْ قَالَ: بِعْ ثَوْبِي بِعَشَرَةٍ ، فَمَا زَادَ الله الله عَلَيْهِ . فَلَكَ . صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

الوَجْهَيْن . فإن لم تَدَّع ِ المرأةُ صِحَّةَ ما ذَكَره الوَكِيلُ ، فلا شيءَ عليه . ويَحْتَمِلُ أَنَّ مَن أَسْقَطَ [١٤٩/٤ عنه الضَّمان ، أَسْقَطَه في هذه الصُّورةِ ، ومَن أَوْجَبَه أَوْجَبَه في الصُّورةِ الأُخْرَى ، فلا يكون بينهما اخْتِلافٌ . والله أعلمُ .

بعْ تَوْبِي بِعَشَرَةٍ فما زاد فَلَك . صَح) (واسْتَحَقَّ الزِّيادَةَ (نصَّ عليه) بعْ ثَوْبِي بِعَشَرَةٍ فما زاد فَلَك . صَح) (واسْتَحَقَّ الزِّيادَةَ (نصَّ عليه) رُوِيَ ذلك عن ابن عباس . وهو قولُ ابن سِيرين ، وإسحاق . وكرِهَه النَّخَعِيُّ ، وحَمّادٌ ، وأبو حنيفة ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأَنّه أَجْرٌ مَجْهُولٌ يَحْتَمِلُ الوُجُودَ (والعَدَمَ) . ولَنا أَنَّ عَطاءً روى عن ابن عباس ، أنَّه كان لا يَرَى بذلك () بَأْسًا ، أن يُعْطِى الرجلُ الرجلُ الرجلَ الثَّوْبَ أَمّا وغيرَه ، فيقولُ : بِعْه بكذا ، فما ازْدَدْتَ فهو لَكَ . ولا يُعْرَفُ له في عَصْرِه أو غيرَه ، فيقولُ : بِعْه بكذا ، فما ازْدَدْتَ فهو لَكَ . ولا يُعْرَفُ له في عَصْرِه

الإنصاف

عليه المُوكِّلُ . جزَم به في « المُعْنِي » ، و « الشَّرْحِ » . [٢/ ١٥٥٠] وقال في « الفُروع » : وهل يَسْتَحِقُ الجُعْلَ قبلَ تَسْليم ثَمَنِه ؟ يَتَوَجَّهُ فيه خِلافٌ . السَّادسةُ ، يَجوزُ تَوْكِيلُه بَجُعْل مَعْلوم أَيَّامًا مَعْلُومَةً ، أو يُعْطِيه (٣) مِنَ الأَلْف شيئًا مَعْلُومًا ، لا مِنْ كلِّ ثَوْب كذا ، لم يصِفْه ، و لم يُقَدِّرْ ثَمَنَه في ظاهر كلامِه ، واقْتَصر عليه في « الفُروع ِ » ، وله أَجْرُ مِثْلِه ، وإنْ عيَّن الثِيّابَ المُعَيَّنَةَ في بَيْع ٍ ، أو شِراءِ عليه في « الفُروع ِ » ، وله أَجْرُ مِثْلِه ، وإنْ عيَّن الثِيّابَ المُعَيَّنَةَ في بَيْع ٍ ، أو شِراءِ

⁽۱ – ۱) سقط من : م .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) فى الأصل ، ط : ﴿ بعضه ﴾ . انظر الفروع ٤ / ٣٧٢ .

الشرح الكبير مُخالِفٌ ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّها عَيْنٌ تُنمَّى بالعَمَل عليها ، أشْبَهَ دَفْعَ مالِه مُضارَبَةً (ولأنَّه تَصَرُّفٌ لغيره لا يَلْزَمُه ، فهو كرَدِّ الآبق ' . إذا تُبَت ذلك ، فإذا باعَه بزيادَةٍ ، فهي له ؛ لأنَّه جَعَلَها له ، وإن باعَه بما عَيَّنَه ، فلا شيءَ له ؛ لأنَّه جَعَل له الزِّيادَةَ ، ولا زيادَةَ ، فهو كالمُضارب إذا لم يَرْبَحْ . وإن باعَه بنَقْص ِ ، فعنه ، لا يَصِحُّ ؛ لمُخالَفَتِه ، فإن تَعَذَّرَ ، ضَمِن النَّقْصَ . وعنه ، يَصِحُّ ، ويَضْمَنُ النَّقْصَ . وقد ذَكَرْنا ذلك . وإن باعَه نَسِيئَةً ، لم يَصِحُّ ، ولا يَسْتَحِقُ الوَكِيلُ شيئًا(٢) وإن باعَه بزيادةٍ . نَصَّ عليه أحمدُ في روايَةِ الأَثْرَم . ويَجُوزُ بغير جُعْل . بغير خِلافٍ . فإذا وَكَّلَه بجُعْل ، فباع ، اسْتَحَقَّ الجُعْلَ قبلَ قَبْض الثَّمَن ؟ لتَحَقَّقِ البَيْعِ قبلَ قَبْضِه . فإن قال في التَّوْكِيلِ : فإذا سَلَّمْتَ إِلَّ الثَّمَنَ فلك كذا . وَقَف اسْتِحْقاقُه على التَّسْلِيمِ إليه ؛ لاشْتِراطِه إيَّاه . نَصَّ عليه .

فصل : إذا وَكَّلَه في شِراء شيء فاشْتَرَى غيرَه ، مثلَ أن يُوكِّلَه في شِراء عَبْدٍ فَيَشْتَرِىَ جاريَةً ، فإن كان الشِّراءُ بعَيْن مال المُوَكِّل ، فالبَيْعُ (٣) باطِلُّ في أَصَحِّ الرِّوايَتَيْنِ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ . وعن أحمدَ ، أنَّه

الإنصاف مِن مُعَيَّن ، ففي الصِّحَّةِ خِلافٌ . قالَه في ﴿ الفُروعِ . السَّابِعةُ ، لا يصِحُّ التَّوْكِيلُ بجُعْلِ مَجْهُولِ ، ولكِنْ يصِحُّ تَصَرُّفُه بالإذْنِ ، ويَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ المِثْل .

⁽۱ - ۱) سقط من : م .

⁽٢) سقط من : م .

⁽٣) في م: (الشراء) .

صَحِيحٌ(') ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ ، فإن أجازَه ، صَحَّ ، وإلَّا بَطَل . وهو قولُ مالِكِ ، وإسحاقَ . وقد ذَكَرْناه في كِتاب البَيْع ِ . فإن كان اشْتَراه في ذِمَّتِه ثم نَقَد الثَّمَنَ ، فالشِّراءُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه إنَّما اشْتَرَى بِثَمَنِ في ذِمَّتِه ، وليس ذلك مِلْكًا لغيره . وقال أصحابُ الشافعيِّ : لا يَصِحُّ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه عَقَد على أنَّه للمُوكِّل ولم يَأْذَنْ فيه ، فلم يَصِحُّ ، كما لو اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِي مِلْكِ غِيرِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لُو لم يَنْوه لغيرِه . إذا ثَبَت هذا فرُوىَ عن أحمدَ روايَتان ؛ إحْداهُما ، الشِّراءُ لازِمٌ للمُشْتَرِي . وهو الوَجْهُ الثانِي لأصحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى في ذِمَّتِه بغيرٍ ''إِذْنِ غيره'' ، فكان الشِّراءُ له ، كما لو لم يَنْو غيرَه . والثانيةُ ، يَقِفُ وَ ١٥٠/٤ و] على إجازَةِ المُوَكِّل (٣) ، إن أجازَه ، لَزمَه ، وإن لم يُجزْه ، لَزِم الوَكِيلَ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ أن يَلْزَمَ المُوَكِّلَ ؛ لكَوْنِه لم يَأْذَنْ في شِرائِه ، وَلَزِم الوَكِيلَ ؛ لأنَّ الشِّراءَ صَدَر منه و لم يَثْبُتْ لغيره ، فتَبَتَ في حَقُّه ، كما لو اشْتَراه لنَفْسِه . وهكذا ذَكَر الخِرَقِيُّ . وهذا حُكْمُ كلُّ مَن اشْتَرَى شيئًا في ذِمَّتِه لغيرِه بغيرِ إِذْنِه ، سَواءٌ كان وَكِيلًا للذي قَصَد الشِّراءَ له أو لم يَكُنْ .

فصل : فان وَكَّلَه فى أَن يَتَزَوَّ جَ له امرأةً ، فَتَزَوَّ جَ له عَيرَها ، أَو تَزَوَّ جَ له بغيرِ إِذْنِه ، فالعَقْدُ فاسِدٌ بكلِّ حالٍ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وهو مَذْهَبُ

⁽۱) في م: « يصح ».

⁽٢ - ٢)في م : ﴿ إِذْنَهُ ﴾ .

⁽٣) فى ر ، ق ، ر ١ : « من اشترى له » .

الشرح الكبير الشافعيِّ ؛ لأنَّ مِن شَرْطِ صِحَّةِ النِّكاحِ (١) ذِكْرَ الزَّوْجِ ، فإذا كان بغيرٍ إِذْنِه ، لم يَقَعْ له ولا للوَكِيل ؛ لأنَّ المَقْصُودَ أَعْيَانُ الزَّوْجَيْن ، بخِلافِ البَيْع ِ ، فإنّه يَجُوزُ أَن يَشْتَرِيَ له مِن غيرِ تَسْمِيَةِ المُشْتَرِي له . والثانيةُ ، يَصِحُّ النُّكاحُ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المُتَزَوِّجِ ، فإن أجازَه ، صَحَّ ، وإلَّا بَطَل . وهذا مَذْهَبُ أبي حنيفةَ . والقولَ فيه كالقولِ في البَيْع ِ . على ما تَقَدَّمَ .

فصل : قال القاضى : إذا قال لرجل : اشْتَرِ لي بدَيْنِي عليك طَعامًا . لم يَصِحُّ . ولو قال : أَسْلِفْ لى أَلْفًا مِن مالِك (٢) فى كُرِّ طَعام ِ . فَفَعل ، لم يَصِحُّ أيضًا ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ أن يَشْتَرِيَ الإنْسانُ بمالِه ما يَمْلِكُه غيرُه . وإن قال : اشْتَر لي في ذِمَّتِك . أو قال : أَسْلِفْ لي أَلْفًا في كُرِّ طَعامٍ ، واقْض الثَّمَنَ عَنِّي مِن مالِك . أو : مِن الدَّيْنِ الذي عليك . صَحَّ ؛ لأنَّه إذا اشْتَرَى في الذِّمَّةِ ، حَصَل الشِّراءُ للمُوَكِّلِ ، والثَّمَنُ عليه ، فإذا قَضاه مِن الدَّيْنِ الذي عليه ، فقد دَفَع الدَّيْنَ إلى مَن أَمَرَه صاحِبُ الدَّيْنِ بدَفْعِه إليه ، وإن قَضاه مِن مالِه عن دَيْنِ السَّلَفِ الذي عليه ، صار قَرْضًا عليه .

فصل : قال أحمدُ ، في رِوايَةِ أبي الحارِثِ ، في رجل له على آخَرَ دَراهِمُ ، فَبَعَثَ إليه رسولًا يَقْبِضُها ، فَبَعَثَ إليه مع الرسولِ دِينارًا ، فضاع مع الرسولِ: فهو مِن مالِ الباعِثِ ؛ لأنَّه لم يَأْمُرْه بمُصارَفَتِه ، إنَّما كان

⁽١) في م : (عقد النكاح) .

⁽٢) في م : و ملكك ، .

مِن ضَمانِ الباعِثِ ؛ لأنَّه دَفَع إلى الرسول غيرَ ما أمَرَه به المُرْسِلُ ؛ لأنَّ الشرح الكبير المُرْسِلَ إِنَّما أَمَرَه بقَبْض الدَّراهِم ، ولم يَدْفَعْها ، إِنَّما دَفَع دِينارًا('' عِوَضًا عنها(١) ، وهذا صَرْفٌ يَفْتَقِرُ إلى إِذْنِ صاحِب الدَّيْن (ولم يَأْذَنْ ، فصار الرسولُ وَكِيلًا للباعِثِ في تَأْدِيَتِه إلى صاحِب الدَّيْن " ومُصارَفَتِه به ، فإذا تَلِف في يَدِ وَكِيلِه ، كان مِن ضَمانِه ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَن يُخْبرَ الرسولُ الغَريمَ أَنَّ رَبُّ الدَّيْنِ أَذِنَ له في قَبْضِ الدِّينارِ عن الدَّراهِم ، فيكون مِن ضَمانِ الرسول ؛ لأنَّه غرَّه وأخذَ الدِّينارَ على أنَّه وَكِيلٌ للمُرْسِلِ . وإن قَبَض الدَّراهِمَ التي أُمِر بقَبْضِها ، فضاعَتْ مِن الرسولِ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فهي مِن ضَمانِ صَاحِب [١٥٠/٤ ظ] الدَّيْن . وقال أحمدُ في رِوَايَةِ مُهَنَّا ، في رجل ِ له عندَ آخَرَ دَنانِيرُ وثِيابٌ ، فَبَعَثَ إليه رسولًا ، وقال : خُذْ دِينَارًا و('' تُوْبًا . فأخَذَ دِينارَيْن وتُوْبَيْن ، فضاعَتْ ، فالضّمانُ على الباعِثِ . يَعْنِي الذي أعْطاه الدِّينارَيْن والثَّوْبَيْن . ويَرْجِعُ به على الرسولِ . يَعْنِي عليه ضَمانَ الدِّينار والثَّوْبِ الزَّائِدَيْنِ ، إنَّما جَعَل عليه الضَّمانَ ؛ لأنَّه دَفَعَهما إلى مَن لَمُ يُؤْمَرُ بِدَفْعِهِما إليه ، ورَجَع بهما على الرسول ؛ لأنَّه غَرَّه ، وحَصَلِ التَّلَفُ في يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وللمُوَكِّل تَضْمِينُ الوَكِيل ؛ لأنَّه تَعَدَّى

 ⁽١) في الأصل: « دنانير » .

⁽٢) في م : (عنه) .

⁽٣ - ٣) سقط من : م .

⁽٤) في را ،م: «أو ».

الشرح الكبير بقَبْض ما لم يُؤْمَرْ بقَبْضِه . فإذا ضَمِنَه ، لم يَرْجعْ على أَحَدٍ ؟ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل في يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وقال أحمدُ ، في رجل وَكُّل وَكِيلًا في اقْتِضاء دَيْنِه ، وغاب ، فأخَذَ الوَكِيلُ به رَهْنًا ، فتَلِفَ الرَّهْنُ في يَدِ الوَكِيل ، فقال : أساء الوَكِيلُ في أُخْذِ الرَّهْن ، ولا ضَمانَ عليه . إنما لم يُضَمِّنْه الرَّهْنَ (١) ؛ لأنَّه رَهْنُ فاسِدٌ ، والقَبْضُ في العَقْدِ الفاسِدِ كالقَبْضِ في العَقْدِ الصَّحِيحِ ، فما كان القَبْضُ في صَحِيحِه مَضْمُونًا ، كان مَضْمُونًا في فاسِدِه ، وما كان غير مَضْمُونِ في صَحِيحِه ، كان غير مضمونٍ في فاسِدِه . ونَقَل البَغُوِيُّ عن أحمدَ في رجل ِ أَعْطَى آخَرَ دَراهِمَ ليَشْتَرِيَ له بها شاةً فخلَطَها مع دَراهِمِه ، فضاعا ، فلا شيءَ عليه . وإن ضاع أحَدُهما ، أَيُّهما ضاع غَرِمَه . قال القاضي : هذا مَحْمُولٌ على أنَّه خَلَطَها بما تَتَمَيَّزُ منه . ويَحْتَمِلُ أَنَّه أَذِنَ له في خَلْطِها . أمَّا إن خَلَطَها بما لا تَتَمَيَّزُ منه بغير إِذْنِه ، ضَمِنَها ، كالوَدِيعَةِ . وإنَّما لَزِمَه الضَّمانُ إذا ضاع أَحَدُهما ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُ أَنَّ الضَّائِعَ دَراهِمُ المُوَكِّل ، والأَصْلُ بَقاؤُها . ومَعْنَى الضَّمانِ هَلْهُنا ، أنَّه يَحْسُبُ الضَّائِعَ مِن دَراهِم نَفْسِه . فأمَّا على المَحْمَلِ (٢) الآخَر ، وهو إذا خَلَطَها بما تَتَمَيَّزُ منه ، فإذا ضاعَتْ دَراهِمُ المُوَكِّل وَحْدَها ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّها ضاعَتْ مِن غير تَعَدُّ منه . واللهُ أعلمُ .

⁽١) سقط من : م .

 ⁽٢) في الأصل : « المحمول » .

فَصْلٌ : فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ لِإِنْسَانٍ ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّه وَكِيلُ اللَّهُ عَلَيْهِ مَا يَلْزَمْهُ الدَّفْعُ [١٢٢ط] إِلَيْهِ .

فصل: قال أحمدُ ، في روايَةِ مُهَنّا: ١٤٤/٤ و إذا دَفَعَ إلى رَجُلِ ثَوْبًا السرح الكبير ليَبِيعَه ، ففَعَلَ ، فوَهَبَ له المُشْتَرِى مِنْدِيلًا ، فالمِنْدِيلُ لصاحِبِ الثَّوْبِ . إنَّما قال ذلك لأنَّ هِبَةَ المِنْدِيلِ سَبَبُها البَيْعُ(') ، فكان المِنْدِيلُ زِيادَةً في الثَّمَن ، والزِّيادَةُ في مَجْلِس الْعَقْدِ تَلْحَقُ به .

فصل: قال الشيخ ، رَحِمَه الله : (فإن كان عليه حَقَّ لإِنْسانٍ ، فادَّعَى آخَرُ أَنَّه وَكِيلُ صَاحِبِه في قَبْضِه ، فصَدَّقَه ، لم يَلْزَمْه الدَّفْعُ إليه) إلَّا أَن تَقُومَ به بَيِّنةً ، لم يَلْزَمْه الدَّفْعُ إليه وإن صَدَّقَه . وبه قال به بَيِّنةً ، لم يَلْزَمْه الدَّفْعُ إليه وإن صَدَّقَه . وبه قال الشافعي . وسَواءٌ كان الحَقُّ في ذِمَّتِه أو وَدِيعَةً عنده . وقال أبو حنيفة : يَلْزَمُه وَفَاءُ الدَّيْنِ إِن صَدَّقَه . و في الوَدِيعَة رِوايتَان ، أشهرُهما ، لا يَجبُ تَسْلِيمُها ؛ لأَنَّه أَقَرَّ له بحَقِّ الاسْتِيفاءِ ، فلزِمَه [١٠١/ و] إيفاؤه ، كالو أقرَّ تَسْلِيمُها ؛ لأَنَّه تَسْلِيمٌ لا يُبْرِئُه ، فلا يَجِبُ (') ، كا لو كان الحَقُّ أنَّه وَارِثَه ؛ وَلَمْ وَارَقَ أَلاٍ قُرارَ بكُونِه وارِثَه ؛ لأَنَّه يَتَضَمَّنُ بَراءَتَه ، فإنَّه أقرَّ بأنَّه لا حَقَّ لسِواه .

قوله: فإنْ كانَ عليه حَقَّ لإِنْسانٍ ، فادَّعَى رَجُلٌ أَنَّه وَكِيلُ صاحِبِه فى قَبْضِهِ ، الإنصاف فصَدَّقَه ، لم يَلْزَمْه الدَّفْعُ إليه ، وإنْ كذَّبه ، لم يُسْتَحْلَفْ – بلا نِزاعٍ ، كدَعْوَى وَصِيَّةٍ – فإنْ دفَعَه إليه ، فأنْكَرَ صاحِبُ الحَقِّ الوَكالَةَ ، حلَف ، ورجَع على الدَّافِع ِ

⁽١) بعده في م : ﴿ عليه ﴾ .

الله وَإِنْ كَذَّبَهُ ، لَمْ يُسْتَحْلَفْ . فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَأَنْكُرَ صَاحِبُ الْحَقِّ الْوَكَالَةَ ، حَلَفَ ، وَرَجَعَ عَلَى الدَّافِعِ وَحْدَهُ .

الشرح الكبير

• ٢٠٣٥ – مسألة : (وإن كَذَّبه ، لم يُسْتَحْلَفْ) وقال أبو حنيفة : يُسْتَحْلَفُ . وهذا مَبْنِيٌّ على الخِلافِ في وُجُوبِ الدُّفْعِ مع التَّصْدِيقِ ، فَمَن أَوْجَبَ عليه ثَمَّ ، أَوْجَبَ عليه اليَمِينَ(١) مع التَّكْذِيبِ ، كسائِرِ الحُقُوقِ ، ومَن لم يُوجبْ عليه الدَّفْعَ مع التَّصْدِيقِ ، لم يُلْزِمْه اليَمِينَ مع التَّكْذِيب ؛ لعَدَم فائِدَتِها .

٢٠٣٦ – مسألة : (فإن دَفَعَه إليه ، فأنْكَرَ صاحِبُ الحَقِّ الوَكالَةَ ، وحَلَف ، رَجَع على الدَّافِع ِ وَحْدَه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن عليه الحَقُّ إذا دَفَعَه إلى الوَكِيلِ مع التَّصْدِيقِ أو عَدَمِه ، فحضرَ المُوَكِّلُ وصَدَّقَ الوَكِيلَ ، بَرِئَ الدَّافِعُ ، وإن كَذَّبه ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينهِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . فإذا حَلَف

الإنصاف وحدَه . فإن كان المَدْفوعُ وَدِيعَةً ، فوجَدَها ، أَخَذَها ، وإِنْ تَلِفَتْ ، فله تَضْمِينُ مَن شاءَ منهما ، ولا يَرْجِعُ مَن ضَمِنَه على الآخرِ . وقال في ﴿ الفُروعِ ۗ ﴾ : ومتى أَنْكَرَ رَبُّ الحَقِّ الوَكَالَةَ ، حلَف ، ورجَع على الدَّافِع ِ ، وإنْ كان دَيْنًا ، وهو على الوَكِيلِ ، مع بَقائِه أو (٢) تَعَدِّيه ، وإنْ لم يَتَعَدَّ فيه ، مع تَلَفِه ، لم يَرْجِعْ على الدَّافِع ِ . وإنْ كان عَيْنًا ، أَخَذَها ، ولا يَرْجِعُ مَن ضَمِنَه على الآخَرِ . انتهى .

فَائِدَة : مَنَى لَمْ يُصَدِّقِ الدَّافِعُ الوَكِيلَ ، رجَع عليه . ذكرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وِفاقًا ، وقال : مُجَرَّدُ التَّسْليم ِ ليس تَصْديقًا . وقال : وإنْ صدَّقَه ، ضَمِنَ أيضًا ،

⁽١) في الأصل: « الثمن ».

⁽٢) فى الأصل ، ط : « و » . انظر الفروع ٤/ ٣٧٤ .

وكان الحَقُّ دَيْنًا ، لم يَرْجِعْ إِلَّا على الدَّافِع ِ وَحْدَه ؛ لأنَّ حَقَّه فى ذِمَّتِه ، الشرح الكبير و لم يَبْرأ منه بتَسْلِيمِه إلى غيرِ وَكِيلِ صاحِبِ الحَقِّ ، والذي أَخَذَه الوَكِيلُ عَيْنُ مالِ الدَّافِع ِ في زَعْم صاحِب الحَقِّ ، والوَكِيلُ والدَّافِعُ يَزْعُمان أَنَّه صار مِلْكًا لصاحِبِ الحَقِّ ، وأنَّه ظالِمٌ للدَّافِع ِ بالأَخْذِ منه ، فيَرْجعُ الدَّافِعُ فيما أُخَذَ منه الوَكِيلُ ، ويكونُ قِصاصًا ممّا أُخَذَ منه صاحِبُ الحَقِّ ، وإن كَانَ قَدَ تَلِفَ فِي يَدِ الْوَكِيلِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهُ بَشَيْءٍ ؛ لأَنَّهُ مُقِرٌّ بأَنَّهُ أَمِينٌ لا ضَمانَ عليه ، إلَّا أن يَتْلَفَ بتَعَدِّيه وتَفْرِيطِه ، فيَرْجِعَ عليه .

فى أَحَدِ القَوْلَيْنِ ، فى مذهبِ أحمدَ ، بل نَصُّه ؛ لأنَّه إنْ لم يتَبَيَّنْ صِدْقُه ، فقد غرَّه . ولو أُخْبَرَ بَتُوْكِيلِ ، فظَنَّ صِدْقَه ، تصَرُّفَ وضَمِنَ ، في ظاهرقوْلِه . ذكرَه في « الفُروع ِ » . وقال الأَزَجِيُّ : إذا تصَرَّفَ بناءً على هذا الخَبَر ، فهل يَضْمَنُ ؟ فيه وَجْهان . ذكرَهما القاضي في « الخلاف » ؛ بناءً على صِحَّةِ الوَكالَةِ وعدَمِها ، وإِسْقاطِ التُّهْمَةِ في شَهادَتِه لنَفْسِه . والأُصْلُ في هذا ، قَبُولُ الهَدِيَّةِ إِذا ظَنَّ صِدْقَه ، وإِذْنُ الغُلامِ في دُخولِه بناءً على ظَنَّه . ولو شَهدَ بالوَكالَةِ اثْنان ، ثم قال أحدُهما : قد عزَلَه . لم تَثْبُتِ الوَكالَةُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « الفُروعِ » : ويتَوَجُّهُ ، بلَى ، كَقَوْلِه بعدَ حُكْم الحاكم بصِحَّتِها ، وكَقَوْلِ واحدٍ غيرِهما . ولو أقاما الشُّهادَةَ حَسْبُ بلا دَعْوَى الوَكيلِ ، فشَهِدا عندَ الحاكم ، أنَّ فُلانًا الغائِبَ وَكُّلَ هذا الرَّجُلَ في كذا ؛ فإنِ اعْتَرفَ ، أو قال : ما عَلِمْتُ هذا ، وأَنا أَتَصَرُّفُ عنه ، ثَبَتَتْ وَكَالَتُه . وعَكْسُه : ما أَعْلَمُ صِدْقَهما . فإنْ أَطْلَقَ ، قِيلَ : فَسِّرْ .

المنع وَإِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ وَدِيعَةً ، فَوَجَدَهَا ، أَخَذَهَا ، فَإِنْ تَلِفَتْ ، فَلَهُ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَلَا يَرْجِعُ مَنْ ضَمِنَهُ عَلَى الْآخَرِ .

الشرح الكبير

٧٠٣٧ – مسألة : (وإن كان المَدْفُوعُ وَدِيعَةً ، فَوَجَدَها ، أَخَذَها ، وإن تَلِفَت ، فله تَضْمِينُ مَن شاء منهما ، ولا يَرْجِعُ مَن ضَمِنَه على الآخَر) بشيء إذا كان المَدْفُوعُ عَيْنًا فَوَجَدَها صاحِبُها ، أَخَذَها ، وله مُطالَبَةُ مَن شاء برَدِّها ؟ لأنَّ الدَّافِعَ دَفَعها إلى غيرِ مُسْتَحِقُّها ، والوَكِيلَ عَيْنُ مَالِه في يَدِه . فَإِن طَالَبَ الدَّافِعَ ، فللدَّافِع ِ مُطَالَبَةُ الوَّكِيلِ بِهَا وأَخَذَها مِن يَدِه ؟ ليُسَلِّمَها إلى صاحِبها . فإن تَلِفَتِ العَيْنُ أُو تَعَذَّرَ رَدُّها ، فلصاحِبها الرُّجُوعُ بَبَدَلِها على مَن شاء منهما ؛ لأنَّ الدَّافِعَ ضَمِنَها بالدَّفْعِ ، والقابضَ قَبَض ما لا يَسْتَحِقُّ قَبْضَه . وأَيُّهما ضَمِنَه لم يَرْجعْ على الآخَرِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَدَّعِي أنَّ ما يَأْخُذُه ظُلْمٌ ، ويُقِرُّ بأنَّه لم يُوجَدْ(١) مِن صاحِبه تُعَدُّ ، فلا يَرْجِعُ على صاحِبه بظُلْم غيره ، إلَّا أن يكونَ الدَّافِعُ دَفَعَها إلى الوَكِيلِ مِن غيرِ تَصْدِيقٍ ، فيَرْجِعُ على الوَكِيلِ ؛ لكُوْنِه لم يُقِرُّ بوَكَالَتِه ، و لم تَثْبُتْ بَبَيُّنَةٍ . وإن ضَمِن الوَكِيلُ ، لم يَرْجعْ على الدَّافِع ِ وإن صَدَّقَه ، لكنْ إن كان الوَكِيلُ تَعَدَّى فيها أو فَرَّطَ ١٥١/٤ ط اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه. فإن ضَمِن لم يَرْجعْ على أَحدٍ ، وإن ضَمِن الدّافِعُ ، رَجَع عليه ؛ لأنَّه وإن كَانَ يُقِرُّ بِأَنَّهِ قَبَضَه قَبْضًا شَرْعِيًّا ، لكنْ إِنَّما لَزِمَه الضَّمانُ لتَفْريطِه و تَعَدِّيه ، فَالدَّافِعُ يَقُولُ : ظَلَمَنِي الْمَالِكُ بِالرُّجُوعِ عَلَيٌّ . وله على الوَكِيلِ حَقٌّ

⁽١) في م: « يؤخذ » .

وَإِنْ كَانَ ادَّعَى أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ أَحَالَهُ بِهِ ، فَفِى وُجُوبِ الدَّفْعِ ِ اللهِ اللهِ اللهِ اللهِ إِلَيْهِ مَعَ الْإِنْكَارِ وَجْهَانِ . إِلَيْهِ مَعَ الْإِنْكَارِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

يَعْتَرِفُ به الوَكِيلُ ، فيَرْجِعُ عليه به .

٣٨٨ - مسألة : (فإن كان ادَّعَى أنَّ صاحِبَ الحَقِّ أَحالَه ، ففى وَجُوبِ الدَّفْعِ إليه مع التَّصْدِيقِ ، واليَمِينِ مع الإِنْكارِ وَجْهان) أَحَدُهما ، لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّ الدَّفْعَ إليه غيرُ مُبْرِئَ ؛ لاحْتِمالِ أن يُنْكِرَ المُحِيلُ المَحِوالَةَ ويُضَمِّنَه ، فأشبَه المُدَّعِي للوكالَةِ . والثانِي ، يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ أَنَّ الحَقَّ انْتَقَلَ إليه ، أَشْبَه الوارِثَ . والأوَّلُ أَشْبَهُ ؛ لأنَّ العِلَّة في جَوازِ مَنْعِ الوَكِيلِ كَوْنُ الدَّفْعِ (١) لا يُبْرِئُ ، وهي مَوْجُودَةٌ هـ هُنا ، والعِلَّةُ في جَوازِ مَنْعِ الوَكِيلِ كَوْنُ الدَّفْعِ (١) لا يُبْرِئُ ، وهي مَوْجُودَةٌ هـ هُنا ، والعِلَّةُ في وُجُوبِ الدَّفْعِ إلى الوارِثِ كَوْنُه مُسْتَحِقًا ، والدَّفْعُ إليه يُبْرِئُ ، وهو في وُجُوبِ الدَّفْعِ إلى الوارِثِ كَوْنُه مُسْتَحِقًا ، والدَّفْعُ إليه يُبْرِئُ ، وهو مُتَخلِفٌ (١) هـ الوارِثِ كَوْنُه مُسْتَحِقًا ، والدَّفْعُ اليه يُبْرِئُ ، وهو مُتَخلِفٌ (١) هـ الوارِثِ كَوْنُه مُسْتَحِقًا ، والدَّفْعُ اليه يُبْرِئُ ، وهو مُتَخلِفٌ (١) هـ الوارِثِ كَوْنُه مُسْتَحِقًا ، والدَّفْعُ الله يُبْرِئُ ، وهو مُتَخلِفٌ (١) هـ الدَّفْعُ مِن الوارِثِ كَوْنُه مُسْتَحِقًا ، والدَّفْعُ الله يُبْرِئُ ، وهو مُتَخلِفٌ (١) هـ المَالَوْنَ في المَالِكُ واللهُ عَلَى الوارِثِ عَلَى الوارِثِ عَلَى الوارِثِ عَلَى اللهُ المَالَدُةُ في المَالَدُةُ واللهُ المَالِدُةُ وَلَى اللهُ اللهُ المَالَّةُ عَمَ اللهُ المَالِدُةُ وَلَيْ اللهُ المَالَعُمِينُ مع الإِنْكَارِ ؛ لعَدَمِ الفائِدَةِ فيها . ومثلُ هذا مَذْهَبُ الشَافِعيّ .

قوله: وإِنْ كَانَ ادَّعَى أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ أَحَالُه به ، ففى وُجُوبِ الدَّفْعِ إليه مع الإنصاف التَّصْدِيقِ ، واليَمينِ مع الإِنكارِ ، وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الهِدايةِ » ، و « عُقودِ ابن البَنَّا » ، و « المُدْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغنِى » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخسيصِ » ،

⁽١) في م: « الدافع ».

⁽٢) في الأصل : « مختلف » .

الله عَ وَإِنِ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ ، وَأَنَّهُ وَارِثُهُ ، لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ مَعَ التَّصْدِيقِ ، وَالْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ .

الشرح الكبير

٣٠٣٩ – مسألة : ﴿ وَإِنِّ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ ، وَأَنَا وَارِثُهُ ﴾ فَصَدَّقَه أَنَّه

الإنصاف و « البُلْغَـةِ » ، و « المُحَـرَّرِ » ، و « الحاوِيَسْن » ، و « الفُــروعِ ِ » ، و « الفائق ِ » ، و « نِهايةِ ابنِ رَزِين ِ » ، و « نَظْمِها » ، و « إِدْراكِ الغايةِ » ؛ أحدُهما ، لايجِبُ الدُّفْعُ إليه مع التَّصْديقِ ، ولا اليَمِينُ مع الإِنْكارِ ، كالوَكالَةِ . قال في ﴿ الفُروعِ ﴾ : هذا أَوْلَى . قال المُصَنَّفُ ، والشَّار حُ : هذا أَشْبَهُ وأَوْلَى ؛ لأَنَّ العِلَّةَ في وُجُودِ الدَّفْعِ إلى الوارِثِ ، كَوْنُه مُسْتَحِقًّا ، والدَّفْعُ إليه مُبْرئٌ ، وهو مُتَخَلِّفٌ هنا ، وإلحَاقُه بالوَكِيلِ أَوْلَى . انتهيا . وجزَم به الآدَمِيُّ في ﴿ مُنْتَخَبه ﴾ . وقدَّمه ابنُ رَزِينِ في « شَرْحِه » . وهذا المذهبُ ، على ما اصْطَلَحْناه في الخُطْبَةِ . قال في « تَصْحيح ِ المُحَرَّرِ » : وذكر ابنُ مُصَنِّفِ « المُحَرَّر » في « شَرْح ِ الهِدايةِ » لوالدِه ، أنَّ عدَمَ لُزوم الدُّفْع ِ اخْتِيارُ القاضي . والوَجْهُ الثَّاني ، يجبُ الدُّفْعُ إليه مع التَّصْديقِ ، واليَمِينُ مع الإِنْكارِ . صحَّحه في « التَّصْحيح ۗ » ، و « النَّظْم ِ » . قال في « الرِّعايتَيْن » : لَزِمَه ذلك في الأُصحِّ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوس ٍ ف ﴿ يَلْذَكِرَتِه ﴾ . وجزَم به في ﴿ الوَجيزِ ﴾ . وصحَّحه شيْخُنا في ﴿ تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . وقدَّمه في « تَجْرِيدِ العِنايةِ » .

فائدة : تُقْبَلُ بَيُّنَةُ المُحالِ عليه على المُحِيلِ ، فلا يُطالِبُه ، وتُعادُ لغائبٍ مُحْتالِ بعدَ دعْواه . فَيَقْضِي بَهَا لَهُ إِذَنْ .

قوله : وإنِ ادَّعَى أَنَّه ماتَ ، وأنا وارِثُه ، لَزِمَه الدَّفْعُ إليه ، مع التَّصْدِيقِ ، واليَمِينُ مع الإنكارِ . وهذا بلا نِزاع ٍ ، وسَواءٌ كان دَيْنًا أو عَيْنًا ، وَدِيعَةً أو غيرَها . وقد تقدُّم الفَرْقُ بينَ هذه المَسْأَلَةِ وبينَ مسْأَلَةِ الحَوالَةِ . واللهُ أعلمُ .

وارثُ الحَقِّ لا وارثَ له سِواه (لَزمَه الدَّفْعُ إليه) بغير خِلافٍ نَعْلَمُه ؟ الشرح الكبير لأنَّه مُقِرٌّ له بالحَقِّ ، وأنَّه يَبْرَأُ بهذا الدَّفْعِ ، فلَزمَه ، كما لو جاء صاحِبُ الحَقِّ . وإِن أَنْكُرَ ، لَز مَتْه اليَمِينُ أَنَّه لا يَعْلَمُ صِحَّةَ ما قال ؛ لأَنَّ اليَمِينَ هـ هُنا على نَفْي فِعْلِ الغيرِ ، فكانت على نَفْي العِلْمِ ، وإنَّما لَزِمَتْه اليَمِينُ هَلْهُنا ؟ لأنَّ مَن لَزِمَه الدَّفْعُ مع الإِقْرارِ ، لَزِمَتْه اليَمِينُ مع الإِنْكارِ كسائِرِ الحُقُوقِ الماليَّة .

> فصل : ومَن طُلِب منه حَقٌّ فامْتَنَعَ مِن دَفعِه حتى يَشْهَدَ القابضُ على نَفْسِه بالقَبْض ، وكان الحَقُّ عليه بغير بَيِّنَةٍ ، لم يَلْزَم القابضَ الإشهادُ ؟ لأنَّه لا ضَرَرَ في ذلك ، فإنَّه متى ادَّعَى الحَقُّ على الدَّافِع بعدَ ذلك قال: لا يُسْتَحَقُّ عَلَىَّ شيءٌ . والقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه . وإن كان الحَقُّ ثَبَت بَبِيِّنةٍ ، و كان مَن عليه الحَقُّ يُقْبَلُ قَوْلُه في الرَّدِّ ، كالمُودَع والوَكِيل بلا جُعْل ، فكذلك ؛ لأنَّه متى أدُّعِيَ عليه حَقٌّ ، أو قامَتْ به بَيِّنَةٌ ، فالقولُ في الرَّدِّ قَوْلُه . وإن كان ممَّن لا يُقْبَلُ قَوْلُه في الرَّدِّ ، أو يُخْتَلَفُ في قَبُول قَوْلِه ، كالغاصِبِ والمُسْتَعيرِ والمُرْتَهِنِ ، لم يَلْزَمْه تَسْلِيمُ ما قَبِلَه إِلَّا بالإِشْهادِ ؟ لئَلَّا يُنْكِرَ القابِضُ القَبْضَ . ولا يُقْبَلُ قولُ الدَّافِع ِ في الرَّدِّ . وإن أَنْكَرَ ، قامت عليه البَيِّنةُ . ومتى أَشْهَدَ القابضُ على نَفْسِه بالقَبْضِ ، لم يَلْزَمْه تَسْلِيمُ الوَثِيقَةِ بِالحَقِّ إِلَى مَن عليه الحَقُّ ؛ لأنَّ [١٥٢/٤ و] بَيِّنَةَ القَبْض تُسْقِطُ البَيِّنَةَ الأُولَى ، والكِتابُ مِلْكُه ، فلا يَلْزَمُه تَسْلِيمُه إلى غيره .

فصل في الشُّهادَةِ على الوَكالَةِ: إذا شَهد بالوَكالَةِ شاهِـدٌ(١) وامْرَأْتَانَ ، أو شاهِدٌ وحَلَف معه ، فقال أصحابُنا : فيها روايَتان ؛ إحداهُما ، تَثْبُتُ بذلك ، إذا كانتِ الوَكَالَةُ في المالِ . قال أحمدُ ، في الرجل يُوَكِّلُ وَكِيلًا ، ويُشْهِدُ على نَفْسِه رجلًا وامْرَأْتَيْن : إذا كانتِ المُطالَبَةُ بدَيْنِ ، فأمَّا غيرُ ذلك فلا . والثانيةُ ، لا تَثْبُتُ إلَّا بشاهِدَيْن عَدْلَيْن . نَقَلَها الخِرَقِيُّ في قَوْلِه : ولا يُقْبَلُ فيما سِوَى الأَمْوال(١) ممَّا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ أُقَلُّ مِن رَجُلَيْن . وهذا قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ الوَكالَةَ إِثْباتٌ للتَّصَرُّفِ . ويَحْتَمِلُ أَن يكونَ قولُ الخِرَقِيِّ كالرِّوايَةِ الأُولَى ؛ لأنَّ الوَكالَةَ في المال يُقْصَدُ بَهَا المَالُ، فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّساء مع الرِّجال، كالبَيْع ِ والقَرْضِ. فإن شَهِدا بُوَكَالَةٍ ، ثُم قال أَحَدُهما : قد عَزَلَه . لم تَثْبُتْ وَكَالَتُه بذلك . وإن كان الشَّاهِدُ بِالعَرْلِ أَجْنَبيًّا ، لم يَثْبُتِ العَرْلُ بشَهادَتِه وَحْدَه ؛ لأنَّ العَرْلَ لا يَثْبُتُ إِلَّا بِمَا يَثْبُتُ بِهِ التَّوْكِيلُ. ومتى عاد أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ بالتَّوْكِيل ، فقال: قد عَزَلَه . لم يُحْكَمْ بشَهادَتِهما ؛ لأنَّه رُجُوعٌ عن الشُّهادَةِ قبلَ الحُكْم بها ، فلا يَجُوزُ للحاكِمِ الحُكْمُ بما رَجَع عنه الشَّاهِدُ . وإن كان حُكْمُ الحاكِم بشَهادَتِهما ، ثم قال أَحَدُهما : قد عَزَلَه بعدَ ما وَكَّلَه . لم يُلْتَفَتْ إلى قَوْلِه ؛ لأَنَّ الحُكْمَ (") قد نَفَذ بالشُّهادَةِ ، ولم يَثْبُتِ العَزْلُ . فإن قالا جَمِيعًا : كان

⁽١) في م : ﴿ رجل ﴾ .

⁽٢) بعده في ر، ق: ﴿ إِلا ، .

 ⁽٣) في الأصل : ١ الحاكم ١ .

قد عَزَلَه . ثَبَت العَزْلُ ؛ لأَنَّ الشَّهادَةَ تَمَّتُ (١) في العَزْلِ ، كتَمامِها في الشرح الكبير التَّوْكِيلِ .

فصل : فإن شَهد أَحَدُهما أنَّه وَكَّلَه يومَ الجُمُعَةِ ، وشَهد آخَرُ أنَّه وَكَّلَه يومَ السَّبْتِ ، لم تَتِمَّ الشُّهادَةُ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ يومَ الجُمْعَةِ غيرُ التَّوْكِيلِ يومَ السَّبْتِ ، فلم تَكْمُلْ شَهادَتُهما على فِعْلِ واحِدٍ . وإن شَهِد أَحَدُهما أنَّه أقرَّ بتَوْكِيلِه يومَ الجُمُعَةِ ، وشَهد آخَرُ أَنَّه أَقَرَّ به يومَ السَّبْتِ ، تَمَّتِ الشُّهادَةُ ؟ لأنَّ الإقْرارَيْنِ إِخْبارٌ عن عَقْدٍ واحِدٍ ، ويَشُقُّ جَمْعُ الشَّهُودِ ليُقِرَّ عندَهم حالةً واحِدةً ، فجَوَّزَ له الإقرارَ عندَ كلِّ واحِدٍ وَحْدَه . وكذلك لو شَهد أَحَدُهما أنَّه أَقَرَّ عندَه بالوَكالَةِ بالعَجَميَّةِ ، وشَهد آخَرُ أنَّه أَقَرَّ بها بالعَرَبِيَّةِ ، ثَبَتَتْ . ولو شَهد أَحَدُهما أنه وَكَّلَه بالعَرَبيةِ وشَهدَ الآخَرُ أَنَّه وَكَّلَه بالعَجَمِيَّةِ ، لم تَكْمُل الشَّهادَةُ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ بالعَرَبيَّةِ غيرُ التَّوْكِيل بالعَجَمِيَّةِ ، فلم تَكْمُل الشُّهادَةُ على فِعْلِ واحَدٍ . وكذلك لو شَهِدأَ حَدُهما أَنَّه قال : وَكَلْتُك . وشَهد الآخَرُ أَنَّه قال : أَذِنْتُ لك في التَّصَرُّفِ . أو أَنَّه قال : جَعَلْتُك وَكِيلًا . أو شَهد أَنَّه قال : [١٥٢/٤ ط] جَعَلْتُك جَريًّا . لَمْ تَتِمَّ الشُّهَادَةُ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ مُخْتَلِفٌ . والجَرِئُ ؛ الوَكِيلُ . ولو قال أَحَدُهما : أَشْهَدُ أَنَّه وَكَّلَه . وقال الآخرُ : أَشْهَدُ أَنَّه أَذِنَ له في التَّصَرُّفِ . تَمَّتِ الشُّهادَةُ ؟ لأنُّهما لم يَحْكِيا لَفْظَ المُوَكِّل ، وإنَّما عَبَّرا عنه بلَفْظِهما ، واخْتِلافُ لَفْظِهما لا يُؤَثِّرُ إِذا اتَّفَقَ مَعْناه . ولو قال أَحَدُهما : أَشْهَدُ أَنَّه أَقَرَّ

⁽١) في م : ﴿ قدتمت ﴾ .

عندِى أَنَّه وَكِيلُه (١) . وقال الآخرُ : أَشْهَدُ أَنَّه أَوَّ عندِى أَنَّه جَرِيَّه . أو : أَنَّه وَصَّى إليه بالتَّصَرُّفِ في حَياتِه . ثَبَتَتِ الوَكالَةُ بذلك . ولو شَهِد أَحَدُهما أَنَّه وَكَّلَه وزيدًا ، أو شَهِد أَنَّه وَكَّلَه في بَيْعِه ، وقال : لا تَبِعْه حتى تَسْتَأْمِرَنِي ، أو تَسْتَأْمِرَ فُلانًا . لم تَتِمَّ الشَّهادَةُ ؛ لأَنَّ الأَوَّلَ أَثْبَتَ اسْتِقْلالَه (١) بالبَيْع مِن غير شَرْطٍ ، والثانى الشَّهادَةُ ؛ لأَنَّ الأَوَّلَ أَثْبَتَ اسْتِقْلالَه (١) بالبَيْع مِن غير شَرْطٍ ، والثانى يَنْفِى ذلك ، فكانا مُخْتَلِفَيْن . وإن شَهِدَ أَحَدُهما أَنَّه وَكَلَه في بَيْع عِدِه ، وشَهِد الآخرُ أَنَّه وَكَلَه في بَيْع عِبدِه وجارِيَتِه ، حُكِمَ بالوَكالَةِ في العَبْدِ ؛ وشَهِد الآخرُ أَنَّه وَكَلَه في بَيْع عِبدِه وجارِيَتِه ، حُكِمَ بالوَكالَةِ في العَبْدِ ؛ لا تَقْدَحُ في تَصَرُّفِه في الأَوَّلِ ، فلا تَضُرُّ . وهكذا لو شَهِد أَحَدُهما أَنَّه وَكَلَه في بَيْعِه لزيدٍ ، وشَهِد الآخرُ أَنَّه وَكَلَه في بَيْعِه لزيدٍ وإن شاء لعمرٍ و .

فصل : ولا تَثْبُتُ الوَكَالَةُ والعَزْلُ بِخَبَرِ الواحِدِ . وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : تَثْبُتُ الوَكَالَةُ (٢) بِخَبَرِ الواحِدِ ، وإن لم يكنْ ثِقَةً . ويَجُوزُ التَّصَرُّ فُ للمُخْبَرِ (٢) بذلك ، إذا غَلَب على ظَنِّه صِدْقُ المُخْبِرِ ، بذلك ، إذا غَلَب على ظَنِّه صِدْقُ المُخْبِرِ ، بشرْطِ الضَّمانِ إن أَنْكَرَ المُوكِلُ ، ويَثْبُتُ العَزْلُ بِخَبِرِ الواحِدِ إذا كان رسولًا ؛ لأنَّ اعْتِبارَ شاهِدَيْن عَدْلَيْن في هذا يَشُقُّ ، فسَقَطَ اعْتبارُه ، ولأنَّه رسولًا ؛ لأنَّ اعْتِبارَ شاهِدَيْن عَدْلَيْن في هذا يَشُقُّ ، فسَقَطَ اعْتبارُه ، ولأنَّه

ف الأصل، م: « وكله ».

⁽٢) في م : (استقلالا) .

⁽٣) سقط من : م .

⁽٤) في م : ﴿ للخبر ﴾ .

إِذْنَ فِي التَّصَرُّفِ وِمَنْعٌ منه ، فلم تُعْتَبَرْ فيه شُرُوطُ الشَّهادَةِ ، كَاسْتِخدامِ غُلامِه . ولَنا ، أَنَّه عَقْدٌ مالِيٌّ ، فلا يَثْبُتُ بِخَبَرِ الواحِدِ ، كالبَيْع ، وفارَقَ الاسْتِخْدامَ ؛ فإنَّه ليس بعَقْدٍ . ولو شَهِد اثْنان أَنَّ فُلانًا الغائِبَ وَكُلَ أَنِّى لَمْ أَعْلَمْ إِلَى الآنَ ، وقَبُولُ الوَكالَةِ يَجُوزُ الوَكِيلَ ولا عِلْمُه ، فلا يَضُرُّ مُعْنَى ذلك أَنِّى لَمْ أَعْلَمْ عِدْورُ الوَكِيلِ ولا عِلْمُه ، فلا يَضُرُّ جَهْلُه به . وإن قال : ما أَعْلَمُ صِدْقَ الشّاهِدَيْن . لم تَثْبُتْ وَكَالَتُه ؛ لقَدْحِه فَ شَهادَتِهِما . وإن قال : ما عَلِمْتُ . وسَكَتَ ، قِيلَ له : فَسِّرْ . فإن فَسَر بالأوَّلِ ، ثَبَتَتْ وَكَالَتُه ، وإن قال : ما عَلِمْتُ . وسَكَتَ ، قِيلَ له : فَسِّرْ . فإن فَسَر بالأوَّلِ ، ثَبَتَتْ وَكَالَتُه ، وإن فَسَر بالثانِي ، لم تَثْبُث .

فصل: ويَصِحُّ سَماعُ البَيْنَةِ بِالوَكَالَةِ على الغائِبِ، وهو أن يَدَّعِي أَنَّ فَلانًا الغائِبَ وَكَلَنِي فَى كذا. وجذا قال الشافعيُّ. وقال أبو حنيفة : لا يَصِحُّ. بناءً على أنَّ الحُكْمَ [١٥٣/٠ و] على الغائِبِ لا يَصِحُّ. ولَنا ، أنَّه لا يُعْتَبرُ رضاه فى سَماعِ البَيْنَةِ ، فلا يُعْتَبرُ حُضُورُه ، كغيرِه . وإذا قال له مَن عليه الحَقُّ : احْلِفْ أَنَّك تَسْتَحِقُّ مُطالَبَتِي . لم يُسْمَعْ ؛ لأنَّ ذلك طَعْنٌ فى الشَّهادة قِ . وإن قال : قد عَزلَك المُوكِلُ ، فاحْلِفْ أَنَّه ما عَزلك . لم يُسْمَعْ ؛ لأنَّ الدَّعْوَى على المُوكِلُ ، واليَمِينُ لا تَدْخُلُها النِيابَةُ . وإن قال : أن تَعْلَمُ أَنَّ مُوكِلُك قد عَزلَك . سُمِعَتْ دَعْواه . فإن وإن قال : أنت تَعْلَمُ أَنَّ مُوكِلُك قد عَزلَك . سُمِعَتْ دَعْواه . فإن طَلَبَ(۱) اليَمِينَ مِن الوكيلِ (۱) ، حَلَف على نَفْى العِلْمِ ؛ لأنَّ الدَّعْوَى طَلَبَ(۱) اليَمِينَ مِن الوكيلِ (۱) ، حَلَف على نَفْى العِلْمِ ؛ لأنَّ الدَّعْوَى

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) في الأصل : ﴿ المُوكُلِ ﴾ .

الشرح الكبير عليه ، وإن أقام الخَصْمُ بَيِّنةً بالعَزْلِ ، سُمِعَتْ ، وانْعَزَلَ الوَكِيلُ .

فصل : وتُقْبَلُ شَهادَةُ الوَكِيلِ على مُوكِّلِه ؛ لعَدَم التُّهْمَةِ ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ بِهَا نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ بِهَا ضَرَرًا . وتُقْبَلُ شَهادَتُه له فيما لَم يُوَكِّلُه فيه ؟ لكَوْنِه لا يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا . ولا تُقْبَلُ شَهادَتُه له فيما هو وَكِيلٌ(١) فيه ؟ لأنَّه يُثْبِتُ لنَفْسِه حَقًّا ، بدَلِيلِ أَنَّه إذا (٢) وَكَّلَه في قَبضِ حَقٌّ ، فشَهِدَ به ، ثَبَت له اسْتِحْقاقُ قَبْضِه ، ولأنَّه خَصْمٌ فيه ، بدَلِيل أَنَّه يَمْلِكُ المُخاصَمَةَ فيه . فإن شَهد بما كان وَكِيلًا فيه بعدَ عَزْلِه ، لم تُقْبَلْ أيضًا ، سَواءٌ كان خاصَمَ فيه بالوَكالَةِ أو لم يُخاصِمْ . وبهذا قال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أُبُو حنيفةً : إِن كَانَ لَمْ يُخاصِمْ فيه ، قُبِلَتْ شَهادَتُه ؛ لأَنَّه لا حَقَّ له فيه ، ("ولم") يخاصِمْ فيه ، فأشْبَهَ ما لو(١) لم يَكُنْ وَكِيلًا فيه . وللشافعيِّ قَوْلان كَالْمَذْهُبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّه بِعَقْدِ الوَكَالَةِ صار خَصْمًا فيه ، فلم تُقْبَلْ شَهادَتُه فيه ، كَالِو خاصَمَ فيه ، وفارَقَ ما لم يَكُنْ وَكِيلًا فيه ؛ فإنَّه لم يَكُنْ خَصْمًا

فصل : إذا كانتِ الأَمَةُ بِينَ نَفْسَيْن ، فشَهدَا () أَنَّ زَوْجَها وَكَّلَ في طَلاقِها ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُهما ؛ لأَنَّهما يَجُرَّانِ إلى أَنْفُسِهما نَفْعًا ، وهو زَوالُ

⁽١) بعده في م : « له » .

⁽٢) بعده في م : « كان » .

⁽٣-٣) في م : « وإن لم » .

⁽٤) سقط من : الأصل .

⁽٥) في الأصل : « فشهد » .

حَقِّ الزُّوْجِ مِن البُضْعِ ِ الذي هو مِلْكُهما . وإن شَهدا بعَزْل الوَكِيل في الطَّلاقِ ، لم تُقْبَلْ(') ؛ لأنَّهما يَجُرّان إلى أَنْفُسِهما نَفْعًا ، وهو إبْقاءُ النَّفَقَةِ على الزُّوْجِ . ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ ابْنَى الرجل له بالوَكالَةِ ، ولا أبوَيْه ؛ لأنَّهما يُثْبِتان له حَقَّ التَّصَرُّفِ . ولا يَثْبُتُ للإنْسانِ حَقٌّ بشَهادَةِ ابْنِه ولا أبيه ، ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ ابْنَى المُوَكِّلِ ولا أَبَوَيْهِ بالوَكَالَةِ . وقال بعضُ الشافعيَّةِ : تُقْبَلُ ، لأنَّ هذا حَقُّ على المُوَكِّل يَسْتَحِقُّ به الوَكِيلُ المُطالَبةَ ، فقُبِلَتْ فيه شَهادَةُ قَرابَةِ المُوَكِّلِ ، كالإقْرارِ . ولَنا ، أنَّ هذه شَهادَةً يَثْبُتُ بها حَقٌّ لأبيه أو ابْنِه ، فلم تُقْبَلْ ، كشهادَةِ ابْنَى الوَكِيل وأبوَيْه ، ولأنَّهما يُثْبتانِ لأبيهما نائِبًا مُتَصَرِّفًا له ، و فارَقَ الشُّهادَةَ عليه بالإقْرار ، فإنَّها شَهادَةٌ عليه مُتَمَحِّضَةٌ . ولو ادَّعَى الوَكِيلُ الوَكالَةَ ، فأنْكَرَها المُوَكِّلُ ، فشَهدَ عليه ابْناه أو أَبُواه ، ثَبَتَتِ الوَكَالَةُ ، وأُمْضِيَ تَصَرُّفُه ؛ لأَنَّ ذلك [١٥٣/٤ ظ] شَهادَةً عليه . ولو ادَّعَى المُوَكِّلُ أنَّه تَصَرَّفَ بوَكالَتِه ، وأنْكَرَ الوَكِيلُ ، فشَهدَ عليه أَبُواه أو ابْناه ، قُبل أيضًا ؛ لذلك (١) . وإنِ ادَّعَى وَكِيلٌ لمُو كَلِه الغائِبِ حَقًّا ، وطالَبَ به ، فادَّعَى الخَصْمُ أَنَّ المُوَكِّلَ عَزَلَه ، وشَهد له بذلك ابْنا المُوَكِّل ، قُبِلَتْ شَهادَتُهما ، و ثَبَت العَزْلُ بها ؛ لأنَّهما يَشْهَدان على أبيهما . وإن لم يَدُّ ع ِ الخَصْمُ عَزْلَه ، لم تُسْمَعْ شَهادَتُهما ؛ لأنَّهما يَشْهَدان لمَن لا يَدَّعِيها . فإن قَبَض الوَكِيلُ ، فحَضَرَ المُوَكِّلُ وادَّعَى أَنَّه

⁽١) بعده في ر١: « شهادتهما في الطلاق » .

⁽٢) في ق ، م : (كذلك) .

الشرح الكبير كان قد عَزَل الوَكِيلَ ، وأنَّ حَقَّه باقٍ في ذِمَّةٍ . الغَريم ، وشَهد له ابْناه ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُهما ؟ لأنَّهما يُثْبتان حَقًّا لأبيهما . ولو ادَّعَى مُكاتَبٌ الوَكالَةَ ، فشَهِدَله سَيِّدُه ، أو ابْنا سَيِّدِه ، أو أَبُواه ، لم تُقْبَلْ ؛ لأَنَّ السَّيِّدَ يَشْهَدُلعَبْدِه ، وابْناه يَشْهَدان لعَبْدِ أبيهما ، والأَبُوان يَشْهَدان لعَبْدِ ابْنِهما . وإن عَتَق ، فأعاد الشُّهادَةَ ، فهل تُقْبَلُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن .

فصل: إذا حَضَر رَجُلانِ عندَ الحاكِم ، فأقَرَّ أَحَدُهما أنَّ الآخَرَ وَكِيلُه ، ثم غاب المُوَكِّلُ ، وحَضَر الوَكِيلُ ، فقَدَّمَ خَصْمًا لمُوَكِّلِه ، وقال : أَنَا وَكِيلُ فُلانٍ . فَأَنْكَرَ الخَصْمُ كَوْنَه وَكِيلًا ، فإن قُلْنا : لا يَحْكُمُ الحاكِمُ بعِلْمِه . لم تُسْمَعْ دَعْواه حتى تَقُومَ البَيِّنَةُ بوَ كالَتِه . وإن قُلْنا : يَحْكُمُ بعِلْمِه . وكان الحاكِمُ يَعْرِفُ المُوَكِّلَ بعَيْنِه واسْمِه ونَسَبه ، صَدَّقَه ومَكَّنَه مِن التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّ مَعْرِفَتَه كالبِّينَةِ . وإن عَرَفَه بعَيْنِه دُونَ اسْمِه ونَسَبه ، لِم يُقْبَلْ قَوْلُه حتى تَقُومَ البَيِّنَةُ عندَه بالوَكالَةِ ؛ لأنَّه يُريدُ تَشْبِيتَ نَسَبِه عندَه(١) بقَوْلِه ، فلم يُقْبَلْ .

فصل : ولو حَضَر عندَ الحاكِم رجلٌ ، فادَّعَى أنَّه وَكِيلُ فُلانِ الغائِب ، في شيء عَيَّنه ، وأَحْضَرَ بَيِّنةً تَشْهَدُله بالوَكَالَةِ ، سَمِعَها الحاكِمُ . ولو ادَّعَى حَقًّا لَمُوكِّلِهِ قَبَلَ ثُبُوتِ وَكَالَتِهِ ، لَم يَسْمَع ِ الحَاكِمُ دَعُواه . وبه قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَسْمَعُها ، إلَّا أن يُقَدِّمَ خَصْمًا مِن خُصَماء المُوَكِّل ، فيَدَّعِيَ عليه حَقًّا ، فإذا أجابَ المُدَّعَى عليه ، حِينَؤِذٍ يَسْمَعُ

⁽١) سقط من : الأصل.

الشرح الكبير

الحاكِمُ البَيْنَةَ ، فحصَلَ الخِلافُ بيننا في حُكْمَيْن ؛ أَحَدُهما ، أَنَّ الحَاكِمَ يَسْمَعُ البَيْنَةَ على الوَكَالَةِ مِن غيرِ حُضُورِ خَصْمٍ ، وعندَه لا يَسْمَعُ . وَالثَانَى ، أَنَّه لا يَسْمَعُ دَعُواه لمُوكِلِه قبلَ ثُبُوتِ وَكَالَتِه ، وعندَه يَسْمَعُ . والثانى ، أَنَّه لا يَسْمَعُ دَعُواه لمُوكِلِه قبلَ ثُبُوتِ وَكَالَتِه ، وعندَه يَسْمَعُ . وبَنَى أبو حنيفة على أَصْلِه فى أَنَّ (() القضاءَ على الغائِبِ ، وأَنَّ الوَكَالَةَ لا تَلْزَمُ البَيْنَةِ بالوَكَالَةِ مِن غيرِ خَصْمٍ (() قضاءً على الغائِب ، وأَنَّ الوَكَالَةَ لا تَلْزَمُ الخَصْمَ ما لم يُجِبِ الوَكِيلُ عن دَعْوَى الخَصْمِ أَنَّكُ لست بوَكِيلٍ . ولَنا ، الخَصْمَ ما لم يُجِبِ الوَكِيلُ عن دَعْوَى الخَصْمِ أَنَّكُ لست بوَكِيلٍ . ولَنا ، المُوكَّلُ عليه ، كَا لو كان المُوكَّلُ عليه ، كَالِكُ همْ أَنَّ الدَّعْوَى لا تُسْمَعُ قبلَ ثُبُوتِ خُصُورِ هم ، كذلك همْ إلَّا مِن خَصْمِ يُخاصِمُ عن نَفْسِه [٤/١٥١ و] ، أو خُصُورِ هم ، كذلك هم إلَّا مِن خَصْمٍ يُخاصِمُ عن نَفْسِه [٤/١٥١ و] ، أو الوكالَة ، أنَّها لا تُسْمَعُ إلَّا مِن خَصْمٍ يُخاصِمُ عن نَفْسِه ، ولم يَثْبُتْ أَنَّه وَكِيلٌ (٤) لمَن عن مُوكِلِه ، وهذا لا يُخاصِمُ عن نَفْسِه ، ولم يَثْبُتْ أَنَّه وَكِيلٌ (٤) لمَن عَرْمُ كِله ، فلا تُسْمَعُ دَعُواه ، كالو ادَّعَى لمَن لم يَدَّعِ وَكَالَتَه . وفي هذا الأَصْل جَوابٌ عمّا ذَكَرَه .

فصل : ولو حَضَر رجلٌ ، وادَّعَى على غائِبِ مالًا في وَجْهِ وَكِيله ، فأَنْكَرَه ، فأقام بَيِّنَةً بما ادَّعاه ، حَلَّفه الحاكِمُ ، وحَكَم له بالمالِ . فإذا حَضَر

الإنصاف

⁽١) سقط من : الأصل .

⁽٢) بعده في م : ﴿ بِها ﴾ .

⁽٣) سقط من : م .

⁽٤) فى م : ﴿ وَكُلَّ ﴾ .

	المقنع
المُوَكِّلُ وجَحَد الوَكالَةَ ، أو ادَّعَى أَنَّه كان قد عَزَلَه ، لم يُؤَثِّرْ ذلك في الحُكْمِ ؛ لأنَّ القَضاءَ على الغائِبِ لا يَفْتَقِرُ إلى خُضُورِ وَكِيلِه .	الشرح الكبير
	الإنصاف

فهرس الجزء الثالث عشر من الشرح الكبير والإنصاف باب الضمان

```
الصفحة
          ( وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون
                       عنه في التزام الحق )
         فائدة : اختلفوا في اشتقاقه ؛ فقيل : هو
       مشتق من الانضمام ؟ ... ٥
          فائدة : يصح الضمان بلفظ ضمين ،
         وكفيــل، وقبيـــل، و ...
                         أويقول :...
          ١٨٢٣ – مسألة : ( ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما
                      في الحياة والموت )
 11 - v
          ١٨٢٤ - مسألة : ( فإن برئت ذمة المضمون عنه برئ
                             الضامن )
      11
          ١٨٢٥ – مسألة : ﴿ وَإِنْ بَرَى الصَّامَنِ ، أَوَ أُقِرُّ بَبِرَاءَتُهُ ،
                     لم يبرأ المضمون عنه )
 11:11
          فصل: ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل
           الواحد اثنان أو أكثر ،...
          ١٨٢٦ - مسألة : ( ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمرًا ،
         فأسلم المضمون له أو المضمون عنه ،
                  برئ هو والضامن معًا )
 17,17
 ١٨٢٧ – مسألة: ( ولا يصح إلا من جائز التصرف ) ١٤، ١٣
```

		ننبیه : قال فی : ومن صح نصرفه
	١٤	بنفسه ، صح ضمانه ،
		تنبيه : دخل في عموم كلام المصنف ،
	١٤	صحة ضمان المريض
		فائدة : في صحة ضمان المكاتب لغيره ،
	١٤	وجهان
		١٨٢٨ – مسألة : (ولا يصح من صبى ، ولا مجنون ، ولا
		سفيه ، ولا من عبد بغير إذن سيده .
		وعنه ، يصح ، وهل يتعلق برقبته أو
۲. –	١٥	ذمَّة سيده ؟ على روايتين ﴾
		فصل : ولا يصح ضمان المكاتب بغير إذن
	۱۹	سیده ،
		فائدة : يصح ضمان الأخرس ، إذا فهمت
	۲.	إشارته ، وإلَّا فلا .
		١٨٢٩ – مسألة : (ولا يصح إلا برضا الضامن ، ولا يعتبر
		رضا المضمون له ، ولا المضمون عنه ،
۲۲ ،	۲١	ولا معرفة الضامن لهما)
		• ١٨٣٠ – مسألة : (ولا) يعتبر (كون الحق معلومًا ولا
Y0 -	۲۲	واجبا إذا كان مآله إلى الوجوب ،)
		فائدتان ؛ إحداهما ، لا يصح ضمان بعض
	۲۳	الدين مبهمًا
		الثانية ، لو قال : ما أعطيت
	۲۳	فلانًا ، فهو عليّ …
		فصل : ويصح ضمان ما لم يجب ، فلو قال :

الصفحة ما أعطيت فلانًا فهو عليٌّ . 7 2 ١٨٣١ – مسألة : ﴿ ويصح ضمان دين الضامن ﴾ 77. 70 تنبیه : مراده بقوله : ویصح ضمان دین 40 الضامن ... فصل: وإن ضمن المضمون عنه الضامن، أو تكفل المكفول عنه الكفيل ، لم يصح ؛ ... 77 ١٨٣٢ - مسألة : (و) يصح ضمان (دين الميت المفلس وغيره ، ولا تبرأ ذمته قبل القضاء ، في أصح الروايتين) **79 - 77** فصل: ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة ، والتي تؤول إلى الوجوب ، ... 49 ١٨٣٣ - مسألة : (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشترى ، وعن المشترى للبائع) ٢٩ - ٣٤ فوائد ؛ الأولى ، لو بني المشترى ونقضه المُسْتَجِقُ ، . . . ٣١ الثانية ، لو خاف المشترى فساد البيع بغير استحقاق المبيع، أو ...، صح كضمان العهدة ... 3 الثالثة ، يصح ضمان نقص الصنجة ، ونحوها ، ... ٣٣

	·
الصفحة	
	١٨٣٤ - مسألة : (ولا يصح ضمان دين الكتابة ، في أصح
٣٤	الروايتين)
	١٨٣٥ – مسألة : (ولا يصح ضمان الأمانات ؛ كالوديعة
77, 70	ونجوها ، إلا أن يضمن التعدى فيها)
	١٨٣٦ – مسألة : (فأما الأعيان المضمونة ؛ كالغصوب ،
	والعوارى ، والمقبوض على وجه السوم،
£1 - T7	فيصح ضمانها)
	تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله ، أن
	المقبوض على وجه السوم من ضمان
٣٦	القابض ،
	فصل : ويصح ضمان الجعل في الجعالة ،
٣٨	وفى المسابقة والمفاضلة
	فائدة : المقبوض في الإجارة على وجه
	السوم ، حكمه حكم المقبوض على
49	وجه السوم في البيع
	فائدتان ؛ إحداهما ، إذا طولب الضامن
٤٠	بالدين ، فلا يخلو ؟
	الثانية ، قال الشيخ تقى الدين :
	لو تغیب مضمون عنه –
	و فأمسك الضامن،
	وغرم شيئًا بسبب ذلك ،
٤١	وأنفقه في حبس ،
	١٨٣٧ – مسألة : (وإن قضى الضامن الدين متبرعا ، لم
٤٢	يرجع بشيء)
	۱۸۳۸ – مسألة : ﴿ وَإِنَّ نُوى الرَّجُوعُ ، وَكَانَ الضَّمَانَ

الصفحة	
	والقضاء بغير إذن المضمون عنه ، فهل
0 57	يرجع ؟)
	فصل : ويرجع الضامن على المضمون عنه
	بأقل الأمرين مما قضى أو قدر
٤٦	الدين ؛
	فصل : ولو كان على رجلين مائة ، على
	كل واحد منهما نصفهما ، وكل
٤٦	واحد ضامن عن صاحبه ما عليه،
	فصل: إذا ضمن عن رجل بأمره ، فطولب
	الضامن ، فله مطالبة المضمون عنه
٤٦	بتخليصه ؛
	. فصل: فإن ضمن الضامن ضامن اخر،
	فقضى أحدهما الدَّين، برئ
٤٨	الجميع ،
	فصل : إذا كان له ألفُّ على رجلين ؟ ،
	وكل واحد منهما ضامن عن
	صاحبه ، فأبرأ الغريم أحدهما من
٤٨	الألف ،
	فصل : ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب ،
	وأن كل واحد منهما ضامن عن
	صاحبه ، فاعترف الحاضر
٤٩	بذلك ،
	فائدة: وكذا الحكم في كل من أدى عن غيره
٤٩	دينا واجبا بإذنه ، وبغير إذنه ،

١٨٣٩ – مسألة : ﴿ وَإِنْ أَنْكُرُ الْمُضْمُونُ لَهُ القَضَاءُ ،

الصفحة	
	وحلف ، لم يرجع الضامنِ علَى المضمون
07 - 0.	عنه ، سواء صدَّقه أو كذَّبه)
	فصل : فإن رجع المضمون له على الضامن ،
	فاستوفی منه مرة ثانیة ، رجع علی
٥٢	المضمون عنه بما قضاه ثانيا ؟
	• ١٨٤ – مسألة : ﴿ وَإِنْ اعْتَرْفَ ﴾ المضمون له ﴿ بالقضاء ،
08,07	وأنكر المضمون عنه ، لم يسمع إنكاره ﴾
	فائدتان ؛ الأولى ، لو قال المضمون له :
	برئت إلىَّ من الدَّين .
٥٤	فهو مقِرّ بقبضه
	الثانية ، لو قال : وهبتك الحق .
٥٤	فهو تمليك ،
	١٨٤١ – مسألة : ﴿ وَإِنْ قَضَى المؤجل قبل أجله ، لم يرجع
00	حتی یحل)
	١٨٤٢ – مسألة : ﴿ وَإِنَّ مَاتَ الصَّامَنِ أَوِ المُصْمُونَ عَنَّهُ ،
	فهل يجِلُّ الدَّين ؟ على روايتين . وأيهما
07,00	حلُّ عليه ۚ ، لم يحل على الآخر ﴾
	تنبيه : ذكر المصنف هنا الروايتين فيما إذا
۲٥	مات أحدهما ،
	١٨٤٢ - مسألة : (ويصح ضمان الحالٌ مؤجلًا . وإن ضمن
	المؤجل حالًا ، لم يلزمه قبل أجله ، في
7 04	أصح الوجهين)
	تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله ، صحة
٥٨	
	فصل: فإن كان الدَّين مؤجلا فضمنه حالًا،
	- · · · · · · · · · · · · · · · · · · ·

الصفحة	
	لم يصر حالًا ، و لم يلزمه أداؤه
०९	قبل أجله ؛
	فصل: ولا يدخل الضمان والكفالة
०९	خيار ؛
	فصل : وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفًا
٦.	ضمان اشتراك ، فقالا :
	فصل: قال الشيخ ، رضى الله عنه:
	(الكفالة ؛ التزام إحضار المكفول
٦١	به)
	٤ ١٨٤ – مسألة : ﴿ وتصح ببدن من عليه دين ، وبالأعيان
15 - 21	المضمونة)
	تنبيهان ؛ أُحَدهما ، ظاهر قوله في الكفالة :
	وهي التزام إحضار
71	المكفول به
	الثاني ، قوله : وتصح ببدن من
٦١	علیه دین . یعنی ،
	فائدة : تنعقد الكفالة بألفاظ الضمان
77	المتقدمة كلها
78,74	١٨٤٥ - مسألة : (ولا تصح ببدن من عليه حدٌّ أو قصاص)
	تنبيه : قوله : ولا تصح ببدن من عليه حد أو
٦٣	قصاص
	فصل : ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل
7 £	دين الكتابة ؟
	فائدتان ؛ إحداهما ، تصح الكفالة لأخذ
	مال ، كالدية ، وغرم

٦٤	السرقة .
	الثانية ، لا تصح الكفالة بزوجه ،
٦٤	أو شاهد .
	١٨٤٦ – مسألة : (ولا) تصح (بغير معين، كأحد
२० ८ २१	هذین)
	١٨٤٧ – مسألة : ﴿ وَإِنْ كَفِلْ بَجْزِء شَائِعٍ مِنْ إِنسَانَ أُو
	عضو ، أو كفل بإنسان على أنه إن جاء
٧٠ – ٦٥	به ، وإلا فهو كفيل بآخر ،)
	فصل: إذا تكفل بإنسان على أنه إن جاء
	به وإلا فهو كفيل باخر أو ضامن
٦٧	ما عليه ،
	فصل : وإن قال : كفلت ببدن فلان ، على
	أن يبرأ فلانَّ الكفيلُ . أو : لم
ጓ አ	يصح ؛
	فوائد ؛ منها ، لو قال : كفلت ببدن فلان
	على أن تبرئ فلانا الكفيل.
٦٨	فسد الشرط
	ومنها ، لو قال : إن جئت به فى وقت كذا ، وإلا فأنا كفيل
	ببدن فلانِ . أو فقال
7.0	ببدن فلانٍ فقال القاضي : لا تصح
	فائدة : قال المصنف ، والشارح : إن كفل
	إلى أجل مجهول، لم تصح
79	- -
, ,	١٨٤٨ – مسألة : (ولا يصح إلا برضا الكفيل ، وفي رضا
٧١ ، ٧٠	1 1/1

الصفحة ١٨٤٩ - مسألة : (ومتى أحضر المكفول به ، وسلَّمه ، برئ ، إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر) فصل: وإذا عيَّن في الكفالة تسليمه في مكان ، فأحضره في غيره ، لم يبرأ من الكفالة ... تنبيه: حكم ما إذا أحضره قبل حلول الأجل ، ولا ضرر في قبضه ، حكم ما إذا أحضره بعد حلول الأجل ،... ٧٣ فائدة : يتعين إحضاره مكان العقد ... ٧٣ • ١٨٥ - مسألة : (وإن مات المكفول به ، أو تلفت العبن بفعل الله تعالى ، أو سلَّم نفسه ، برئ ـ **YY - Yo** الكفيل فصل : إذا قال الكفيل : قد برئ المكفول به من الدَّين وسقطت الكفالة . أو قال : ... 77 تنبيه : محل الخلاف إذا لم يشترط ، فإن اشترط الكفيل أنه ... 77 تنبيهان ؛ أحدهما ، محل الخلاف ، إذا لم يشترط أن لا مال عليه بتلف العين المكفول بها ، ... 77 الثاني ، مراده بقوله : أو تلفت

العين بفعل الله تعالى ... ٧٧ فصل : وإذا قال المكفول له للكفيل : أبرأتك من الكفالة ...

الصفحه	
	١٨٥١ - مسألة : ﴿ وَإِنْ تَعَذُّرُ إَحْضَارُهُ مَعَ بَقَائُهُ ، لَزُمُ الْكَفْيِلُ
٧٨	الدين أو عوضُ العين)
	فائدة : قال الشيخ تقى الدين : السجَّان
٧٨	كالكفيل
	١٨٥٢ – مسألة : (وإن غاب ، أمهِل الكفيل بقدر ما يمضى
	فيحضره ، فإن تعذر إحضاره ، ضمن
٧٠ – ٨٧	ما عليه)
	فصل : فإن كفل إلى أجل مجهول ، لم تصح
٧ 9	الكفالة
	 ۱۸۵۳ – مسألة : (وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور
	معه ، لزمه ذلك إن كانت الكفالة بإذنه
	أو طالبه صاحب الحق بإحضاره ،
. ۸ – ۲۸	وإلا فلا)
	فصل : وإذا قال رجل لآخر : اضمن عن
	فلان . أو : كان الضمان
	والكفالة لازمين للمباشر دون
٨١	الآمر ؛
	فصل : ولو قال : أعط فلانا ألفا .
٨١	قفعل ،
	فائدة : حيث أدى الكفيل ما لزمه ، ثم قدر
٨١	على المكفول به ،
٨٢	فصل : ولو تكفل اثنان بواحد ، صح ،
	فائدة : لُو سُلّم المكفولُ به نفسه ، برئ
۸۳	

أحدهما) أو أحضره عند أحدهما (لم يبرأ من الآخر)

فصل: وإذا كانت السفينة في البحر، وفيها

متاع ، فخيف غرقها ، فألقي بعض

مَن فيها متاعه في البحر لتخِف ، ... ٨٣ فصل : قال مهنا : سألت أحمد : عن رجل له على رجل ألف درهم ، فأقام بها

کفیلین ، ... کفیلین

فوائد تتعلق بأحوال الكفيل ؛ ضمانه لكفيل آخر ، وضمان اثنين دين رجل لغريمه ، وضمان المدينين كل واحد منهما الآخر ، وجواز الإحالة عليهما ، والحكم في إبرائه أحدهما ، وضمان ثالث عن أحدهما بأمره ، وبراءة الكفيل إذا أحال ربُّ الحق أو أُحِيلَ

وبراءة الكفيل إذا أحال ربّ الحق أو احِيل أو زال العقد . ٨٤ – ٨٧

> فوائد تتعلق بتعدد الكفيل والضامن والإشتراك في الكفالة وحكم البراءة في

باب الحوالة

الحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى الحتال - ١٨٥٥ - مسألة : (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحال عليه ، فلا يملك المحتال

الحق من ذمة إلى ذمة ... ٩٠ الثانية ، الحوالة عقد إرفاق ؛ تنقل الحق من ذمة الحيل إلى ذمة المحال عليه ، ... الثالثة ، نقل مهنا ، في مَن بعث رجلًا إلى رجل له عنده مال ، فقال : خذ منه دينارًا . فأخذ منه أكثري... ٩٣ ١٨٥٦ - مسألة : (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة ؛ أحدها ، أن يحيل على دين مستقر ، ...) ٩٨ - ٩٨ فصل: وإن أحال من لا دين عليه على من له عليه دين ، فهي وكالة يثبت فيها أحكامها ، ... 97 تنبيه: يستثنى من محل الخلاف من المال المحال عليه ، والمحال به ، دين 9 ٧ السلم ؛ ... فائدة : في صحة الحوالة ، برأس مال السلم وعليه ، وجهان ... تنبيه: خرج من كلام المصنف، لو أحال من لا دين عليه على من عليه دين ، فإنه لا يسمى حوالة ، بل ... الشرط (الثاني ، اتفاق الدينين في الجنس ، والصفة ، والحلول والتأجيل) ٩٨ فائدة: قوله: الثاني ، اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل.

```
الصفحة
```

٩,٨	بلا نزاع
١	تنبيه : قوله : اتفاق الدينين في الجنس
1.1	الشرط (الثالث ، أن يحيل برضاه)
	فصل : ويعتبر لصحة الحوالة أن تكون بمال
1.1	معلوم ؛
	١٨٥٧ – مسألة : (ولا يعتبر رضا المحال عليه ، ولا رضا
1.0-1.7	المحتال إن كان المحال عليه مليئًا)
	فائدتان ؛ إحداهما ، فسَّر الإمام أحمـد
	رضي الله عنه المليء ،
1.4	فقال :
	الثانية ، يبرأ المحيل بمجرد
١٠٤	الحوالة ،
	فصل : فإن شرط المحتال ملاءة المحال عليه ،
1.0	فبان معسرًا ،
	١٨٥٨ – مسألة : ﴿ وَإِنْ ظَنَّهُ مَلِيًّا ۚ ، فَبَانَ مَفْلُسًا ۚ ، وَلَمْ يَكُنَّ
١٠٦	رضى بالحوالة رجع عليه ، وإلا فلا)
	١٨٥٩ – مسألة : ﴿ وَإِذَا أَحَالَ المُشْتَرَى البَائِعِ بِالثَّمْنِ ، أَوْ
	أحال البائعُ عليه به ، فبان البيع باطلًا ،
١٠٨،١٠٧	فالحوالة باطلة)
	· ١٨٦ - مسألة : (فإن فُسِخ العقد بعيب أو إقالة ، لم تبطل
111.4	الحوالة)
	١٨٦١ - مسألة : (وللبائع أن يحيل المشترى على مَن أحاله
	المشترى عليه في الصورة الأولى ،
	وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع
117-11.	في الثانية)

الصفحة فصل: إذا أحال رجلًا على زيد بألف ، فأحاله زيد بها على عمرو ، فالحوالة صحيحة ؛ ... 111 ١٨٦٢ –مسألة : (وإذا قال : أحلتك . قال : بل وكَّلتني . أو قال : وكلتك . قال : بل أحلتني . فالقول قول مدعى الوكالة) 117,117 **١١٨ – ١١٣** مسألة : (وإن اتفقا على أنه قال : أحلتك) فصل : فإن قال : أحلتُك بدينك . قال : وكُّلتني . ففيها وجهان أيضا ؛ ... ِ ١١٥ فائدتان ؛ إحداهما ، مثل ذلك في الحكم ، له قال: أحلتك بديني ... ١١٥ الثانية ، لو اتفقا على أنه قال : أحلتك بالمال الذي قبل فلان . ثم اختلفا ؛ ... ١١٦ ١٨٦٤ - مسألة : (وإن قال : أحلتك بدينك . فالقول قول مدعى الحوالة ، وجهًا واحدًا) ١٢٢–١٢٢ فصل: وإذا كان لرجل دين على آخر، فطالبه به ، فقال : قد أحلت به على الله فلانا الغائب ... 119 فائدة : قال الشيخ تقى الدين : الحوالة على ما لَه في الديو ان إذنَّ في الاستيفاء،... ١١٩ تنبيه : يتعلق بذكر موضع مسألة المقاصة عند المصنف وعند غيره من المصنفين. ١٢٠

فصل: فإن كان عليه ألف ضمنه رجل،

باب الصلح

فائدة : الصلح عبارة عن معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين مختلفين ... 1070 - مسألة : (الصلح في الأموال قسمان ؛ أحدهما ، صَلح على الإقرار ، وهو نوعان ؛ ...) ١٢٤ - ١٢٩ فائدة : ظاهر كلام الخرقي ، أن الصلح على الإقرار لا يسمى صلحًا ... ١٣٠، ١٢٩ –مسألة : ﴿ وَلا يُصْحَ ذَلِكَ مُنَ لا يُملِكَ التَّبرع ؟...) ١٣٠، ١٣٩ فائدة : يصح الصلح عما ادعى على موليه ، وبه بَيِّنة ... ١٨٦٧ – مسألة : (وإن صالح عن المؤجل ببعضه حالًا ، 14. 171 . 17. لم يصح) ١٨٦٨ - مسألة : (وإن وضع بعض الحال وأجل باقيه ، صح الاسقاط دون التأجيل 177 . 171 فائدة : مثل ذلك ، خلافا ومذهبا ، لو صالحه عن مائةٍ صحاح بخمسين مكسَّرة ، ... وإن صالح عن الحق بأكثر منه من الحق بأكثر منه من 177 جنسه ،... ، لم يصح) 144 • ١٨٧ – مسألة : (وإن صالحه بعرض قيمته أكثر منها) جاز ؛ لأنه بيع . 178 , 177 فصل: ولو صالح عن المائة الثابتة بالإتلاف بمائة مؤجلة ، لم تصر مؤجلة ... ١٣٤

١٨٧١ - مسألة : (وإن صالحه عن بيت على أن يسكنه سنة ، أو يبنى له فوقه غرفة ، لم يصح) ١٣٥ ، ١٣٥ فائدة : لو كان في ذمته مثليا ، من قرض أو غيره ، لم يجز أن يصالح عنه بأكثر منه من جنسه ... ۱۸۷۲ – مسألة : (ولو قال : أقِرَّ لي بديني ، وأعطيك منه 172 مائة . ففعل ، صح الإقرار ، ولم يصح الصلح) 177 . 170 ١٨٧٣ - مسألة : (وإن صالح إنسانا ليقر له بالعبودية ، أو امرأة لتُقِرّ له بالزوجية ، لم يصح ﴾ ١٣٧ ، ١٣٧ ١٨٧٤ – مسألة : ﴿ وَإِنْ دَفْعُ المَدْعَى عَلَيْهُ الْعَبُودِيَةُ إِلَى المَدْعَى مالا صلّحا عن دعواه ، صح) ۱۳۸ ، ۱۳۷ فائدة : لو طلقها ثلاثا ، أو أقل ، فصالحها على مال ، لتترك دعواها، لم يجز ... ١٣٨ (النوع الثاني ، أن يصالحه عن الحق بغير جنسه ، فهو معاوضة) ۱۳۹ تنبيه : قوله : النوع الثاني ، أن يصالح عن الحق بغير جنسه ، فهو معاوضة ،... ١٣٩ فائدتان ؛ إحداهما ، يجوز الصلح عن دين بغير جنسه مطلقا ،... ١٤٠ الثانية ، لو صالح بشيء في الذمة ، حرم التفرق قبل القبض . ١٤٠ ١٨٧٥ – مسألة : ﴿ وَإِنْ صَالَحَتَ المُرَأَةُ بِتَزُوبِجُ نَفْسُهَا ، صح . فإن كان الصلح عن عيب في مبيعَها ، فتبين أنه ليس بعيب ، رجعت بأرشه لا بمهر مثلها 127-12.

```
الصفحة
```

١٨٧٦ - مسألة : (وإن صالح عما في الذمة بشيء في الذمة، لم يجز التفرق قبل القبض ؛ لأنه بيع دين 120-124 فصل: وإن صالحه بخدمة عبده سنة ، صح، وكانت إجارة، ... فصل: إذا أدعى زرعا في يدرجل، فأقر له به ، ثم صالحه على دراهم ، جاز على الوجه الذي يجوِّز بيع الزرع ... ١٤٤ ١٨٧٧ – مسألة : (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم ، إذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة) ١٤٥ – ١٤٩ فصل: فأما ما بمكنهما معرفته ، كتركة موجودة ، أو يعلمه الذي هو عليه ويجهله صاحبه ، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل ... 1 2 1 تنبيه : مفهوم كلامه ، أنه إذا أمكن معرفة المجهول ، لا يصح الصلح عنه ... ١٤٨ فصل: قال الشيخ، رضى الله عنه: (القسم الثاني ، أن يدعى عليه عينا أو دينا ، فينكره ثم يصالحه على مال ، فيصح ، ويكون بيعا في حق 1 2 9 المدعى ، ...) فائدة : حيث قلنا : يصح الصلح عن المجهول. فإنه يصح بنقد ونسيئة ... ١٤٩ ١٨٧٨ - مسألة : (وإن كان شقصًا مشفَّوعًا ، ثبتت فيه الشفعة ، ويكون إبراءً في حق الآخر، ...) 108,100

١٨٧٩ – مسألة : (فإن كان أحدهما عالمًا بكذب نفسه ، فالصلح باطل في حقه ، وما أخذه حرام عليه 100,108 • ١٨٨ - مسألة : (فإن صالح عن المُنكِر أجنبي بغير إذنه، صح، ولم يرجع عليه في أصح الوجهين) ١٥٥ – ١٥٧ ١٨٨١ – مسألة : ﴿ وَإِنْ صَالَحَ الْأَجْنِبِي لِنَفْسُهُ ؛ لَتَكُونَ المطالبة له ، غير مُعْتَرف بصحة الدعوى ، أو ... ، لم يصح ...) ١٦١-١٦١ فصل: فإن قال الأجنبي للمدّعي: أنا وكيل المدعَى عليه في مصالحتك عن هذه العين ، وهو مقر لك بها ، وإنما يجحدها في الظاهر ... 17. فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يَشُت مهرًا) 171 فصل: ولو صالح عن دار أو عبد بعوض ، فخرج العوض مُسْتحقا أو حرًا ، رجع في الدار وما صالح عنه ، ... ١٦٣ فوائد ؛ الأُولى ، قال في « الفروع » : وظاهر كلامهم ، يصح حالًا ومؤجلًا الثانية ، لو صالح عن القصاص بعبد أو غيره ، فخرج مستحقًّا أو حرا ، رجع بقيمته ،... ١٦٣ الثالثة ، لو صالح عن دار ونحوها

```
الصفحة
```

بعوضٍ ، فبان العوض مستحقًا ، رجع بالدار 175 ١٨٨٢ - مسألة : (ولو صالح سارقا ليطلقه ، أو شاهدا ليكتم شهادته ، أو شفيعًا عن شفعته ، أو مقذوفا عن حدّه ، لم يصح الصلح ،...) ١٦١ – ١٦٦ ١٨٨٣ – مسألة : (وإن صالحه على أن يُجرى على أرضه أو سطحه ماء معلومًا ، صح) 174-174 فصل: فإن صالح رجلا على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه ، 179 أو ...، جاز ، ... فوائد تتعلق بحكم المصالحة على إجراء ماء في أرض غيره من غير ضرر عليه ولا على أرضه ، وإذا كانت الأرض في يده بإجارة ، وكذلك لو صالح رجلًا على السقى من نهره أو عينه يومًا أو يومين ، أو صالحه على سهم من العين أو النهر . ١٦٩ - ١٧٤ فصل: وإذا أراد أن يجرى ماء في أرض غيره 111 لغير ضرورة ، ... فصل: وإن صالح رجلا على أن يسقى أرضه من نهر الرجل يومًا أو يومين ، أو من عینه ، وقدَّره بشیء یُعلَم به ، ... ۱۷۳ ١٨٨٤ - مسألة : (ويجوز أن يشترى ممرًّا في دار ، وموضعًا في حائطه يفتحه بابا، وبقعة يحفرها بئرًا) ١٧٤

١٨٨٥ - مسألة : (و) أن يشترى (علو بيت يبني عليه

```
الصفحة
```

140 , 148 بنيانا موصوفا) تنبيه : حيث صححنا ذلك ، فمتى زال ، فله إعادته مطلقا ، ويرجع بأجرة مدة زواله عنه ... 140 فائدة : حكم المصالحة في ذلك كله ، حكم 140 البيع ... ١٨٨٦ - مسألة : (وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره ، فطالبه بإزالتها ، فله ذلك . فإن أبي ، فله قطعها) 177 6 177 فائدة : إذا حصل في ملكه أو هوائه أغصان شجرة، ... 177 ١٨٨٧ – مسألة : (فاإن صالحه عن ذلك بعوض ، لم يجز) ١٧٧– ١٧٩ ١٨٨٨ – مسألة : ﴿ فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ الثَّمْرَةُ لَهُ أُو بَيْنَهُمَا ، ﴿ جاز ، ولم يلزم) 147-179 فائدتان ؛ إحداهما ، حكم عروق الشجرة في غير أرض مالكها ، حكم الأغصان ... ١٨٠ الثانية ، صُلح من مال حائطَه ، أو زلق من خشبه إلى ملك غيره ، كالأغصان ... ١٨٠ فصل: وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر إنسان إلى أرض جاره ، ... ١٨١ ١٨٨٩ – مسألة : (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جَناحًا ، ولا ساباطًا ، ولا دكانًا) ١٨٨- ١٨٨

فائدتان ؛ إحداهما ، لا يجوز إخراج الميازيب

```
الصفحة
```

إلى الطريق النافذ ، ولا إلى درب غير نافذ إلا باذن أهله ... ۱۸٤ الثانية ، لم يذكر الأصحاب مقدار طول الجدار الذي يشرع عليه الجناح والميزاب والساباط ،... ١٨٥ تنبه: مجل عدم الجواز والضمان في الجناح والساباط والميازيب ، ... ۱۸٤ فصل: ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم، ولا إلى درب نافذ إلا بإذن أُهله ... تنبيه : يتعلق بذِكْر مَن ذكر الدُّكان من 111 الفقهاء ومَن ذكَر الدُّكَّة وتعريف كل ۱۸۷ من الدكان والدكة . و ١٨٩ - مسألة : (ولا) يجوز (أن يفعل ذلك في ملك إنسان ، ولا درب غير نافذ إلا بإذن ١٨٨ أهله ١٨٩١ - مسألة : (فإن صالح عن ذلك بعوض ، جاز في أحد 19. (189 الوجهين) فصل: ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة ئةً النفسه ، ... 119 ١٨٩٢ - مسألة : (وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ، ففتح فيه بابا لغير الاستطراق ، جاز) (ويحتمل أن لا يجوز) 191 (19.

	• tı
4-	الصف
~	

	١٨٩٣ – مسألة : (وإن فتحه للاستطراق ، لم يجز إلا
191	بإذنهم)
	فصل : وإن كان ظهر داره إلى زقاق نافذ ،
191	ففتح في حائطه بابا إليه ، جاز ؛
	١٨٩٤ – مسألة : ﴿ وَلُو كَانَ بَابِهِ فِي آخِرِ الدَّرِبِ ، مَلَكُ نَقْلُهُ
197-197	إلى أوله ،)
	فصل : فإن كان في الدرب بابان لرجلين ؟
	أحدهما قريب من باب الزقاق ،
198	
	تنبيه : محل الخلاف ، إذا لم يأذن له من
198	فوقه
	فصل : إذا كان لرجل داران متلاصقتان ،
	ظَهْر كل واحدة منهما إلى ظهر
198	الأخرى،
	فوائد ؛ إحداها ، لو كان لرجل داران ؛
	ظهر کل واحدة منهما
198	الله الله الأخرى ،
	الثانية ، الصحيح من المذهب ، أن
	الجار يُمنع من التصرف في
190	ملکه بما یضر بجاره ؛ الثالثة ، لو ادعی أن بئره فسدت من
197	
171	الرابعة ، ليس له منعه من تعلية
197	
1 4 7	فصل: إذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ،

الصفحة ولم يكن فيه باب لغيرهما، ففيه ثلاثة 190 ١٨٩٥ - مسألة : (وليس له أن يفتح في حائط جاره ، ولا الحائط المشترك رَوْزَنة ولا طاقًا بغير إذن 1946197 ١٨٩٦ - مسألة : (وليس له وضع خشبه عليه إلا عند الضرورة ، بأن لا يحكنه التسقيف إلابه) ١٩٨ - ٢٠٢ فائدة : يلزم الأعلى بناء سترة تمنع مشارفة 191 الأسفل ... فائدة : ذكر الأصحاب الضرورة ، مثل أن يكون للجار ثلاثة جدر، وله جدار 7.1 ١٨٩٧ - مسألة : (وعنه ، ليس له وضع خشبه على جدار المسجد . وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على Y . X - Y . Y جدار جاره) تنبيه: ظاهر قوله: وعنه ، ليس له وضع خشبه على جدار المسجد ، أن المقدم 7.7 جواز وضعه عليه ، ... فوائد تتعلق بالحكم إذا كان له حق ماء يجرى على سطح جاره ، أو ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه ، وهل يملك إجارة بيته أو إعارته إذا كان له وضع خشبه على جدار غيره ؟ وإذا

تصير عارية ؟

أذن له جاره في البناء على حائطه فهل

T.V - T.T

فصل: ومن ملك وضع خشبه على حائط، فزال لسقوطه ، أو قلعه ، أو ... ، فله إعادة خشيه ؛ ... 4.5 فصل : وإذا كان له وضع خشبه على جدار غيره، لم يملك إجارته ولا اعارته ؛ ... Y . 0 فصل: فإن أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه ، ... 4.0 فصل : وإن أذن له في وضع خشبه ، ... ٢٠٦ فصل: وإذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك ، . . . Y . Y فصل: وإذا ادعى رجل دارًا في يد آخوين ، ... Y . Y ١٨٩٨ – مسألة : (وإن كان بينهما حائط فانهدم ، فطالب أحدُهما صاحبَه ببنائه ، …) Y1. -Y.X ١٨٩٩ - مسألة : (وليس له منعه من بنائه) 117 • • • ١٩ – مسألة : ﴿ فَإِنْ بِنَاهُ بَآلَتُهُ ، فَهُو بِينِهُمَا ، وَإِنْ بِنَاهُ بآلة من عنده ، فهو له ، ...) 117- X17 فصل: فإن لم يكن بين ملكيهما حائط، فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا حائطًا يحجز بين ملكيهما ، ... ٢١٤ فائدة : قال في ... : فإن قيل : فعندكم لا يجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبه على جداره ، فكيف منعتم هنا ؟ 412

فصل: فإن كان السفل لرجل، والعلو لآخر، فانهدم السقف الذي 710 بينهما ، . . . فوائد تتعلق بحكم إجبار الجارعلي بناء الحائط مع جاره ، وإجبار الشريك على العمارة مع شريكه في الأملاك المشتركة ، وحكم إجباره إذا استُهدم جدار هما أو خيف ضرره على نقضه ، أو بناء حائط بين ملكيهما ، و هل يصح اتفاقهما على بناء حائط مشترك بينهما نصفين ، على أن ثلثه لواحد ، وثلثيه لآخہ ؟ 711 - 710 فصل : فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما، 717 فانهدم ، ... فصل: ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك، أو السقف الذي XIX بينهما ، ... فصل : فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين ، وملكه بينهما الثلث والثلثان ، لم يصح ، ... **11** ١٩٠١ – مسألة : ﴿ وَإِنْ كَانَ بَيْنِهِمَا نَهُو ۚ ، أَوَ بَئُر ، أَو دولاب، أو ...، فاحتاج إلى XIY, PIT عمارة ، ...)

١٩٠٢ - مسألة : (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته

كالحائط ، فإن عمَره ، فالماء بينهما على الشركة) الشركة)

فوائد ؟ الأُولى ، لو اتفقا على بناء حائط

بستان ، فبنى أحدهما ،... ٢٢٠ الثانية ، لو كان السفل لواحد ، والعلو لآخر ، فالسقف

بينهما ، ... الثالثة ، لو كان بينهما طبقة ثالثة ، فهل يشترك الثلاثة في بناء السفل ، والاثنان في بناء

الوسط ؟ ٢٢٢ فصل : وليس للرجل التصرف في ملكه بما

يضر به جاره ، ... ۲۲۱

فصل: فإن كان سطح أحدهما أعلى من

سطح الآخر ، ... ۲۲۲

كتاب الحَجْر

۱۹۰۳ – مسألة : (وهو على ضربين) ... و (حَجْر طق غيره)

فائدتان ؛ إحداهما ، الحَجْر عبارة عن ... ٢٢٥ الثانية ، قوله : وهو على ضربين ،

حجر لحق الغير . وحجر لحق نفسه ...

۱۹۰۶ - مسألة : (ومن لزمه دين مؤجل ، لم يطالب به قبل

أجله) ۲۲۸

772

٥ • ١ ٩ - مسألة : (فإن أراد سفرًا يحل الدين قبل مدته ، فلغريمه منعه ، إلا أن يوثقه برهن أو **177, P77** كفيل تنبيه: قوله: فإن أراد سفرًا يجل الدين قبل مدته ، فلغريمه منعه ، إلا أن يوثقه برهن ، أو كفيل ... XYX ١٩٠٦ – مسألة : (فان كان لا يحل) الدين (قبله ، ففي 771 - 779 منعه روایتان) تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن الروايتين في السفر ، سواءً كان مخوفا أو غير 24. مخوف ... فائدتان ؛ إحداهما ، اختار الشيخ تقى الدين ، أن من أراد سفرًا ، وهو عاجز عن وفاء دينه ، ... ٢٣١ الثانية ، لو طُلب منه دين حال يقدر على وفائه ، فسافر قبل و فائه ، ... 771 ۱۹۰۷ – مسألة : ﴿ وَإِنْ كَانَ حَالًّا ، وَلَهُ مَالَ يَفَيَ بِهُ ، 777 لم يحجر عليه) فائدة : إذا حُبس ، فليس للحاكم إخراجه حتى يتبين له أمره ، ... 7 44 ١٩٠٨ – مسألة : (فإن أصر باعه الحاكم وقضى دينه) ٢٣٥ – ٢٣٥ فائدتان ؛ إحداهما ، متى باع الحاكم علىه ، . . .

الثانية ، لو مطل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية ، فما غرمه بسبب ذلك يلزم

الماطل ... ١٣٥

19.9 - مسألة : (وإن ادعى الإعسار ، وكان دينه عن عن العرض ، أو عرف له

مال سابق ، ...) ۲۲۰–۲۲۰

فوائد تتعلق بما تقوم به البينة على المُعْسِر . ٢٣٩– ٢٤٢ فائدتان ؛ إحداهما ، لو قامت بيّنة للمفلس

> بمال معين، فأنكر،... ٢٤٣ الثانية ، يحرم على المفلس أن يحلف أنه لاحق عليه،

ويتأول ...

فصل : ومتى ثبت إعساره عند الحاكم ، لم

یجز مطالبته ولا ملازمته ... ٪ ۲۶۶ ۱۹۱۰ – مسألة : (وإن كان) حالًا و (له مال لا يفي

بدينه ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر

عليه ، لزمته إجابتهم) تنبيهات ؛ أحدها ، قوله : وإن كان له مال

لا يفى بدينه ... ٢٤٥ الثانى ، ظاهر قوله : فسأل

غرماؤه الحجر ... عرماؤه الحجر الثالث ، ظاهر كلامه أيضا ، أن المعسر لو طلب الحجر على نفسه من الحاكم ، لا

```
الصفحة
```

```
يلزمه إجابته إلى ذلك...
       727
            فصل : وتصرفه قبل حجر الحاكم في ماله
       727
             ١٩١١ – مسألة : (ويستحب) إظهار الحجر عليه
                           ( والإشهاد عليه )
       727
             فصل: قال الشيخ، رضى الله عنه:
            ( ويتعلق بالحجر عليه أربعة
            أحكام ؛ أحدها ، تعلق حق الغرماء
                         باله ، ... )
       727
            فائدتان ؛ إحداهما ، لو باع ماله لغريم بكل
       الدين الذي عليه ، . . ٢٥١
            الثانية ، يملك رد معيب اشتراه قبل
                    الحجر،...
       101
            ١٩١٢ - مسألة : ( وإن تصرف في ذمته بشراء ، أو ضمان ،
            أو إقرار ، صح . ويُتبع به بعد فك
                                  الحجر عنه )
107, 701
             ١٩١٣ - مسألة : ( وإن جني ، شارك المجنى عليه الغرماء ،
وإن جني عبده ، قدم المجنى عليه بثمنه ) ٢٥٢، ٢٥٣
            تنبيه: ظاهر كلامه، أن مَن عاملَه بعد
      الحجر ، لا يرجع بعين ماله ... ٢٥٢
            فصل : قال ، رحمه الله : ( الثاني ، أن من
            و جدعنده عينا باعها إياه ، فهو أحق
                       بها ، بشرط ... )
      707
            تنبيه: ظاهر كلام المصنف، أن رب العين
            لو مات ، كان لورثته أخذ
                              السلعة ، ...
      405
```

الصفحة	
	فصل : وهل حيار الفسخ على الفور أو
Y 0 Y	التراخي ؟
	فصل : فإن بذل الغرماء لصاحب السلعة
Y 0 Y	الثمن ليتركها ،
	فصل: فإن اشترى المفلس من إنسان سلعٍة
	بعد الحجر فی ذمته، وتعذر
70	الاستيفاء ،
	فصل: ومن استأجر أرضا للزرع، فأفلس
709	قبل مضى شيء من المدة ،
	تنبيه : من صور تلف البعض ، إذا استأجر
	أرضا للزرع ، فأفلس بعد مضى مدة
709	لمثلها أجرة ،
.	فوائد ؛ إحداها ، لو وطئ البكر ، امتنع
709	الرجوع العان ترس لا من الأنه ترس
771	الثانية ، لا يمنّع الأخذ تزويج الأمة ،
1 1 1	الثالثة ، لو خرجت السلعة عن ملكه
	قبل الحجر ، ورجعت بعد
771	الحجر،
	فصل : فإن أقرض رجلًا مالًا ، ثم أفلس
777	المقترض ، وعين المال قائمة ،
	فصل: وإنما يستحق الرجوع في السلعة
774	بشروط خمسة ؛
	فائدتان ؛ إحداهما ، لو كان حبًّا ، فصار
	زرعــا، أو
772	بالعكس ،

الثانية ، لو خلط المبيع أو بعضه عالاً يتميز منه ، ... ٢٦٤ فصل: الشرط الثالث ، أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها ، ... ٢٦٨ فائدة : لو مات الراهن ، وضاقت التركة عن الديون ، ... **AFY** فصل: فإن تغيرت صفتها بما يزيل اسمها ، فطحن الحنطة ، أو زرعها ، أو ... ، سقط حق الرجوع ... ٢٧٠ فصل: فإن كان حبًّا فصار زرعا ، أو بالعكس، ... 271 ٤ ١٩١ – مسألة : ﴿ وَلَمْ يَتَعَلَقُ بَهَا حَقَ مَنْ شَفَعَةُ ، أَوْ جَنَايَةً ، أو رهن) 770 -777 فصل: فإن كان المبيع شقصا مشفوعا، ففيه ثلاثة أوجه ؛ ... 777 فصل: فإن كان المبيع عبدًا، فأفلس المشترى بعد تعلق أرش الجناية برقبته ، ففيه و جهان ؟ ... فصل: فإن أفلس بعد خروج المبيع من 277 ١٩١٥ - مسألة : (ولم تزد زيادة متصلة ، كالسَّمَن ، 777 -770 وتعلّم صنعة) ١٩١٦ - مسألة : ﴿ فأما الزيادة المنفصلة ، والنقص بهزال ، أو نسيان صنعة ، فلا يمنع الرجوع ، والزيادة للمفلس . وعنه ، للبائع) ٢٧٧- ٢٨٣

```
الصفحة
           فائدة : لو كان حملًا عند البيع ، أو عند
                 الرجوع ، ...
      Y V A
           فصل: فإن نقصت مالية المبيع لذهاب
             صفة ، مع بقاء عينه ، ...
      فصل: وإن جرح العبد، أو شج، ...
           فصل: فإن اشترى زيتًا فخلطه بزيت
           آخر، أو ...، سقط حق
                      الرجوع ...
      717
           ١٩١٧ - مسألة : ﴿ وَإِنْ صَبِّغَ النَّوْبِ أَوْ قَصْرُهُ ، لَمْ يُمنع
                        الرجوع ، ... )
797-77
           فصل: فإن قصر الثوب، لم يخل من
                           حالين ؛ ...
           فصل : وإن اشترى صبغًا فصبغ به ثوبا ،
           أو زيتا فلت به سويقا فبائعهما أسوة
                             الغرماء ...
      YAY
           فائدتان ؛ إحداهما ، لو كانت السلعة
           صبغا ، فصبغ به ، أو
      زيتا فلت به ، ... ۲۸۷
           الثانية ، لو كان الثوب والصبغ من
      Y A A
           فصل : ولو اشترى أمةً حاملًا ، ثم أفلس
                      وهي حامل ، ...
      XAX
            فصل: فإن اشترى حائلا، فحملت، ثم
           أفلس وهي حامل ، فزادت قيمتها
      19.
```

فصل: فإن كان المبيع نخلًا أو شجرًا، فأفلس المشترى، لم يخل من أربعة

أحوال ؛ ...

فصل : فإن أقر الغرماء بالطلع أو الزرع

للبائع ، و لم يشهدوا به ، ... ٢٩٤

فصل: فإن صدَّق المفلس البائع في الرجوع

قبل التأبير ، وكذبه الغرماء ، ... ٢٩٥

فصل : وإن أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ

سنة ، وكان العبد قد اكتسب بعد

ذلك مالًا وأنكر الغرماء ، ... ٢٩٦

١٩١٨ – مسألة : (وإن غرس الأرض ، أو بني فيها ، فله

الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء ، فيملكه ، إلا أن يختار المفلس والغرماء

القلع ومشاركته بالنقص) ٢٩٧ - ٢٩٩

١٩١٩ - مسألة : (فَإِنْ أَبُوا القَلْعِ ، وأَبَى دَفْعِ القَيْمَةِ ،

سقط الرجوع) ۳۰۹ – ۳۰۹

فصل: فإن اشترى غراسًا فغرسه في

أرضه، ثم أفلس، ولم يزد

الغراس ،...

فوائد تتعلق بحكم الرجوع إذا كان المبيع شجرًا أو نخلًا ، والحكم إذا رجع البائع في موضع لا يتبع الثمر الشجر ، وهل له أخذه من غير حكم حاكم إذا كملت الشروط ؟ ولو حكم حاكم بكونه أسوة الغرماء ، وكيفية

الاسترجاع في السلعة ، وما يستثني من جواز الأخذ بعد كال الشروط ، وكيفية أخذ السلعة . T. 7 - T. 7 فصل: وإن اشترى أرضًا من رجل وغراسا من آخر ، فغرسه فيها ، ثم أفلس ، ٣.٤ و لم يزد الشجر ، ... فصل: فإن كان المبيع صيدًا ، فأفلس المشترى ، والبائع محرم ، ... والبائع فصل : إذا أفلس وفي يده عينٌ دينُ بائعها مؤجل، وقلنا: لا يحل الدَّين بالفلس ... فصل : قال أحمد ، فى رجل ابتاع طعامًا نسيئة ونظر إليه وقلبه ، وقال : أقبضه غدًا . فمات البائع وعليه T. V دين ، ... فصل: ورجوع البائع فسخ للبيع، ... فصل: قال، رحمه الله تعالى: (الحكم الثالث ، بيع الحاكم ماله و قَسْمُ ثمنه ، وينبغى أن يُحضِره ويحضر الغرماء ، ...) ٣.9 • ١٩٢ – مسألة : (ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكن وخادم) **717-711** فصل: فإن كان المسكن والخادم الذي لا

الغرماء ، . . .

يستغنى عنهما عين مال بعض

717

الصفحة فائدة : يترك له أيضا آلة حرفة ، فإن لم يكن صاحب حرفة ، ترك له ما يتجر 717 ١٩٢١ – مسألة : ﴿ وَيُنفِق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من **717-712** قسمه بن غرمائه) تنبيه: مراد المصنف وغيره بترك المسكن والخادم وغيرهما ، ... 712 فصل: وإن مات المفلس، كفّن من 717 فصل: وإن كان المفلس ذا صنعة ، ... ٣١٦ فائدة : لو مات ، جُهِّز من ماله ، كنفقة... ٣١٦ فصل: وإذا تلف شيء من مال المفلس تحت بد الأمن ، ... 414 ١٩٢٧ – مسألة : (ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد) ٣١٨ ١٩٢٣ – مسألة : (ويعطى المنادى أجرَّته من المال) ٣١٨ ١٩٢٤ - مسألة : (ويبدأ بالجني عليه ، فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني) 719 تنبيه: مراده بقوله: ويبدأ بالمجنى عليه ... ٣١٩ ١٩٢٥ – مسألة: (ثم بمَن له رهن ، فيُخُصّ بثمنه) ٣١٣ – ٣٢٣ فصل: ولو باع شيئا أو باعه وكيله ، وقبض الثمن ، فتلف وتعذّر ردّه ، وخرجت السلعة مُستحقة ، ... ٣٢٠

> فصل: ومن استأجر دارًا أو بعيرًا بعينه ،
> أو ... ، ثم أفلس المُؤجر ، ... ٣٢١ فصل: ولو باع سلعة ، ثم أفلس قبل

الصفحة

444 ١٩٢٦ – مسألة : (ثم بمن له عين مال يأخذها) **412 ' 414** ١٩٢٧ - مسألة : (فإن كان فيهم من له دين مؤجل ، لم يحلِّ. وعنه ، ...) **477 - 475** ١٩٢٨ - مسألة : (ومن مات وعليه دينٌ مؤجلٌ ، لم يحل إذا وثَّقَ الورثَةُ . وعنه ، أنه يحل) ٣٣٦–٣٣٦ فوائد ؛ الأولى ، إذا لم يكن له وارث ، ... ٣٢٨ الثانية ، قال في « التلخيص » : حكم من طرأ عليه جنون حكم المفلس والميت ، في حلول الدين وعدمه ... ٣٢٨ الثالثة ، متى قلنا بحلول الدين المؤجل، ... 277 الرابعة ، هل يمنع الدين انتقال التركة إلى الورثة ، أم لا ينع ؟ ... 479 فصل: ذكر بعض أصحابنا في من مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ ... 277 ١٩٢٩ – مسألة : ﴿ وَإِنْ ظَهْرِ غُرْيَمُ بِعَدُ قَسَمُ مَالُهُ ، رَجِعَ عَلَى الغرماء بقسطه) **٣٣**٨ ، **٣٣**٧ فصل: ولو أفلس وله دار مستأجرة ، فانهدمت بعد قبض المفلس 227 الأجرة ، ... • ١٩٣٠ - مسألة : (وإن بقيت على المفلس بقية ، وله صنعة ، فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها ؟...) ٣٤٣ – ٣٤٣

فائدة : الصحيح من المذهب ، أنه يجبر على

```
الصفحة
```

إيجار موقوف عليه ، ... 721 فصل: ولا يجبر على قبول صدقة ، ولا هدية ، ولا وصية ، ولا قرض ، ولا المرأة على التزويج ، ... 727 فصل : وإن جُنِي على المفلس جناية توجب 727 ١٩٣١ – مسألة : (ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم) ٣٤٤، ٣٤٣ فصل: وإذا فُكِّ الحَجْر عنه ، فليس لأحد مطالبته ، ولا ملازمته ، حتى يملك مالًا ، ... 455 ١٩٣٢ – مسألة : (ومتى فك عنه الحجر ، فلزمته ديون) وظهر له مال (فحجر عليه ، شارك غرماءُ الحجر الأول غرماءَ الحجر الثاني) ٣٤٥ ١٩٣٣ - مسألة : (وإن كان للمفلس حق له به شاهد ، فأبَي أن يحلف معه ، لم يكن لغر مائه أن يحلفو ١) ٣٤٦ ، ٣٤٥ تنبيه : يؤخذ من قوله : وإن كان للمفلس حق له به شاهد ، فأبي أن يحلف معه ، ... عدم وجوب اليمين علمه ، . . . 450 فصل: (الحكم الرابع ، انقطاع المطالبة عن المفلس ، فمن أقرضه شيئا ، أو ياعه ، ...) 727 فصل: قال الشيخ ، رحمه الله: (الضرب الثانى ، المحجور عليه لحظه ؛ وهو الصبي ، والمجنون ، والسفيه) ٣٤٧

```
الصفحة
                  1975 - مسألة: ( فلا يصح تصرفهم قبل الإذن )
       ٣٤٨
             ١٩٣٥ - مسألة : ( ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض ، رجع
                                فيه ما كان باقيا )
729 6 72 A
             تنبيه: محل هذا ، إذا كان صاحب المال قد
                            سلطه عليه ؛ ...
       729
                  ١٩٣٦ – مسألة : ﴿ وَإِنْ جَنَوْا فَعَلَيْهِمَ أَرْشُ الْجَنَايَةِ ﴾
       40.
             ١٩٣٧ – مسألة : ﴿ وَمَتَى عَقَلَ الْجِنُونَ ، وَبَلَغَ الصَّبَّى ،
             ورشد ، انفك الحجر عنهما بغير حكم
حاكم، ودفع إليهما مالهما ، ... ) ٣٥٠ - ٣٥٥
             فصل: ومتى انفك الحجر عنهما، دفع
                        إليهما مالهما ؟ ...
             فصل: ولا ينفك عنه الحجر، ولا يدفع إليه
             ماله قبل البلوغ والرشد ، ولو صار
       401
             شيخا ...
١٩٣٨ – مسألة : ( والبلوغ يحصل بالاحتلام ، أو بلوغ
             خمس عشرة سنة ، أو نبات الشعر الخشن
             حول القبل ، وتزيد الجارية بالحيض
                                      والحمل
771 - 700
             فائدة : لو وجد مَنِيٌّ من ذكر خنثي مشكل،
                   فهو علم على بلوغه ، ...
             فصل: والحيض علم على البلوغ في حق
                              الحارية ...
       409
             فصل: إذا وجد خروج المني من ذكر
                      الخنثي المشكل، ...
       ٣٦.
```

777 , 777

١٩٣٩ - مسألة : (والرشد الصلاح في المال)

```
الصفحة
```

777 . ١٩٤ – مسألة : (ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر) فَائدة : قوله : ولا يدفع إليه ماله حتى 777 یختبر – یعنی ، ... ١٩٤١ - مسألة : (وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه ؛ كالغناء ، والقمار ، وشراء 277 المحرمات) ١٩٤٢ – مسألة : (وعنه ، لا يُدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها ، حتى تتزوج وتلد ، أو تقيم في بيت الزوج سنة) 770, 772 تنبه: دخل في كلام المصنف ، إذا بلغت الجارية ورشدت ، دفع إليها مالها ... ٣٦٦ ١٩٤٣ – مسألة : (ووقت الاختبار قبل البلوغ) 777 , 777 فائدة : لا يختبر إلا المميز والمراهق الذي يعرف البيع والشراء ، والمصلحة والمفسدة ... 277 فصل : قال ، رضى الله عنه : (ولا تثبت الولاية على الصبى والمجنون إلا للأب 277 تنبيه: ظاهر قوله: ثم لوصيّه، ثم للحاكم ... ٣٦٩ فائدتان ؛ إحداهما ، يشترط في الحاكم ما يشترط في الأب، ... ٣٦٩ الثانية ، يلي كافر عَدْلٌ مال ولده الكافي ... 779 ١٩٤٤ - مسألة : (وليس لوليهما التصرف في مالهما ، إلا على وجه الحظ لهما) TV1 . TV.

```
الصفحة
            1950 - مسألة : ( ولا يجوز أن يشترى من مالهما شيئا
             لنفسه ، ولا يبيعهما ، إلا الأب )
777 , 777
            ١٩٤٦ – مسألة : ( ولوليهما مكاتبة رقيقهما ، وعتقه على
                                        مالى
777 , 777
       تنبيه: مفهوم قوله: وعتقه على مال ... ٣٧٣
            فائدة: من شرط صحة مكاتبة , قيقهما
            وعتقه على مال ، أن يكون فيه
                            حظ لهما ؛ ...
       274
                        ١٩٤٧ – مسألة : ( و ) له ( تزويج إمائهما )
       277
                 فائدة : العبيد في ذلك كالإماء ، ...
       277
                         ١٩٤٨ - مسألة : (و) له (السفر بمالهما)
       277
                             1989 – مسألة : ( والربح كله لليتيم )
       777
             • ١٩٥ - مسألة : ( فأما إن دفعه إلى غيره ، فللمضارب ما
             جعل له الولى ووافقه عليه فى قولهم
       777
                                    جميعًا ؛ ...
             فصل : وله إبضاع ماله ، وهو دفعه إلى من
                              يتجر به ...
       277
                       ١٩٥١ - مسألة : ( و ) يجوز له ( بيعه نساءً )
       277
                         ١٩٥٢ – مسألة : ( و ) له ( قرضه برهن )
 TAI - TVA
             فوائد تتعلق بحكم أخذ الرهن عن مال اليتيم
             إن أمكن ، وجواز إيداعه مع إمكان
             قرضه ، وعدم جواز قرضه لمودة
             ومكافأة ، وعدم جواز اقتراض
             الوصى والحاكم منه شيئا ، وجواز رهن
```

مالهما للحاجة عند ثقة .

TA1 (TA.

```
الصفحة
            فصل: قال أبو بكر: هل يجوز للوصى أن
       يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ ... ٣٨١
            ١٩٥٣ – مسألة : ( و ) له ( شراء العقار لهما ، وبناؤه بما
            جرت عادة أهل بلده به ، إذا رأى
                        المصلحة في ذلك كله
717 , 717
       فصل: ويجوز له أن يبني لهما عقارًا ؟... ٣٨٢
            ١٩٥٤ - مسألة : ( وله شراء الأضحية لليتم الموسر . نص
                                        عليه
ፕለ٤ ، ፕለፕ
            فصل: ومتى كان خلط مال اليتم أرفق به،
            وألين في الجير، وأمكن في حصول
                  الأدم ، فهو أولى ...
       47 1 2
            ١٩٥٥ – مسألة : ( و ) يجوز ( تركه في المكتب ، وأداء
                                الأجرة عنه )
       440
            ١٩٥٦ - مسألة : ( ولا يبيع عقارهم إلا لضرورة أو غبطة ؛
وهو أن يزاد في ثمنه الثلث فصاعدًا ) ٣٨٧- ٣٨٧
            فائدتان ؛ إحداهما ، له تعليمه ما ينفعه ،
      ومداواته بأجرة ؟ ... ٣٨٥
            الثانية ، للولى أن يأذن للصغيرة أن
            تلعب باللعب - إذا
            كانت غير مصورة -
      وشراؤها لها بمالها ... ٣٨٥
            ١٩٥٧ – مسألة : ( وإن وصى لأحدهما بمن يعتق عليه ولا
            تلزمه نفقته ، لإعسار الموصى له أو غير
      ذلك ، وجب على الولى قبول الوصية ) ٣٨٨
```

فصل: قال ، رحمه الله : (ومن فَكَّ عنه

```
الصفحة
            الحجر ، فعاو د السَّفه ، أعيد الحجر
                                     عليه)
       444
                      ١٩٥٨ – مسألة : ﴿ وَلَا يَنْظُرُ فِي مَالُهُ إِلَّا الْحَاكُمُ ﴾
       49.
١٩٥٩ – مسألة : ( ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكمه )
       فائدة : لو جُنَّ بعد رشده ، فوليه الحاكم ... ٣٩١
                    • ١٩٦٠ – مسألة : ( ويستحب إظهار الحجر عليه )
       497
                       ١٩٦١ – مسألة : ﴿ ويصح تزويجه بإذن وليه ﴾
495-497
             تنبيه : مفهوم قوله : ويصح تزويجه بإذن
       497
                فصل : وإن خالع ، صح خلعه ؛ ...
       494
             فوائد تتعلق بتزويج الولي للسفيه ولزوم
             تعيين المرأة في حال إذنه له ، وإذا
             عَلِم أنه يطلق إذا زُوِّج، وصحة خُلْعِه،
             ولو وجب عليه كفارة بما يكفر ؟
             والإنفاق عليه بالمعروف وصحة تدبيره
                                     ووصيته .
798, 797
                 ١٩٦٢ – مسألة : ﴿ وَهُلَ يُصْحَ عَتَفُهُ ؟ عَلَى رَوَايَتِينَ ﴾
       490
               فصل: ويصح تدبيره ، ووصيته ؟ ...
             ١٩٦٣ - مسألة : ( وإن أقر بحد ، أو قصاص ، أو نسب ،
                        أو طلق زوجته ، أخذ به )
499-497
             فصل: وإن أقر بما يوجب القصاص ، فعفا
                     المُقَر له على مال ، ...
        89.4
        فائدة : لا يفرق السفيه زكاة ماله بنفسه ، . . ٣٩٨
        فصل: وإن أقر بنسب ولد ، قبل منه ؟ ... ٣٩٩
             ١٩٦٤ – مسألة ؛ قال : ﴿ وَإِنْ أَقْرُ بِمَالٍ ، لَمْ يَلْزُمُهُ فَي حَالَ
 حجره . ويحتمل أن لا يلزمه مطلقًا ) ٣٩٩ – ٤٠١
```

١٩٦٥ - مسألة : (وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبى والمجنون) ١٩٦٦ – مسألة ؛ قال الشيخ ، رحمه الله : (وللولى أن يأكل من مال المولِّي عليه بقدر عمله إذا احتاج 2.4 تنبيه : ظاهر قوله : وللولى أن يأكل من مال الموثّم عليه ... تنبيه آخر : فظاهر قوله : يأكل بقدر ١٩٦٧ – مسألة : ﴿ وَهُلُ يُلْزُمُهُ عُوضَ ذَلُكُ إِذَا أَيْسُرُ ؟ عَلَى ٤٠٤ ، ٤٠٣ روايتين) تنبيه : محل ذلك في غير الأب ، ... ١٩٦٨ – مسألة : ﴿ وَكَذَلْكَ يُخرُّجُ فِي النَّاظِرُ فِي الْوَقْفِ ﴾ ٤٠٤ ، ٤٠٥ فوائد ؛ إحداها ، الحاكم أو أمينه إذا نظر في مال اليتم ، فقال القاضى مرة: لا يأكل ، وإن أكل الوصى ... الثانية ، الوكيل في الصدقة لا يأكل منها شيئا لأجل العمل ... ٤٠٥ ١٩٦٩ – مسألة : ﴿ وَمَتَّى زَالَ الْحَجْرِ ، فَادْعَى عَلَى الَّوْلَى تعدّيا ، أو ما يوجب ضمانا ، فالقول ٤٠٦ : قول الولى) • ١٩٧٠ - مسألة : (وكذلك القول قوله في دفع المال إليه ٤٠٧ بعد رشده) تنبيه : محل هذا ، إن كان متبرعا ... ٤.٧

الصفحة فائدة : يقبل قول الأب ، والوصى ، والحاكم ، وأمينه ، و ... ١٩٧١ – مسألة: (وهل للزوج أن يحجرَ على امر أته في التبرع بمازاد على الثلُّث من مالها؟ على روايتين ﴾ £17-2.A تنبيهان ؛ أحدهما ، محل الخلاف ، إذا كانت رشيدة ، فأما غير الرشيدة ، ... ٤١٠ الثاني ، مفهوم قوله : بما زاد على الثلث ... ٤١. فصل في الإذن : قال الشيخ ، رحمه الله : (يجوز لولى الصبي المميز أن يأذن له في التجارة ، في إحدى الروايتين) ٤١٢ ١٩٧٢ – مسألة : ﴿ وَيَجُوزُ ذَلَكَ لَسَيْدُ الْعَبْدُ ﴾ 218 ١٩٧٣ - مسألة : (ولا ينفك عنهما الحجر ، إلا فيما أذِن لهما فيه ، وفى النوع الذى أمِرا به) ٤١٤، ٤١٣ فائدة : قال في « الفروع » : وظاهر كلامهم ، أنه كمضارب في البيع نسيئة وغيره . ١٩٧٤ – مسألة : ﴿ وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فَى جَمِيعِ أَنُواعِ التَجَارَةُ ، لَمْ َيْجَزُ أَنْ يُؤْجِرُ نَفْسَهُ ، ...) 19۷0 – مسألة : ﴿ وَهُلُ لَهُ أَنْ يُؤَكِّلُ فَيْمَا يَتُولَى مَثْلُهُ 210 بنفسه ؟ على روايتين ﴾ 217, 210 فائدة : هل للصبي المأذون له أن يوكل ؟ ٤١٦ ١٩٧٦ – مسألة : ﴿ وَإِنْ رَآهُ سَيْدُهُ أُو وَلِيهُ يَتَّجُرُ فَلَمْ يَنَّهُ ،

لم يصر مأذونا له) 217 ١٩٧٧ – مسألة : ﴿ وَمَا اسْتَدَانَ ٱلْعَبَدُ ، فَهُو فَى رَقَّبَتُهُ ، يَفْدَيُهُ سيده أو يسلمه . وعنه ، يتعلق بذمته ،

```
فصل : فأما أروش جناياته ، وقيم متلفاته ،
         فهي متعلقة برقبة العبد ، . . . ٤١٩
               فصل : فإن تصرف العبد غير المأذون ببيع ،
         أو شراء بعين المال ، لم يصح ؛ ... ٤٢١
               تنبيهات ؛ الأول ، يكون التعلق بالدين
         2 7 7
                      کله ...
               الثاني ، محل الخلاف المتقدم في
              الحالتين ، إنما هو في
                         الديون ...
         277
              الثالث ، عموم كلام المصنف ،
              وكثير من الأصحاب،
              يقتضي جريان الخلاف،
        وإن كان في يده مال ... ٤٢٣
              فائدتان ؛ إحداهما ، حكم ما استدانه أو
             اقترضه بإذن السيد،
             حكم ما استدانه
        للتجارة بإذنه ... ٤٢٣
              الثانية ، لا فرق فيما استدانه بين
             أن يكون فيما أذن له فيه،
             أو في الذي لم يؤذن له
       278
             ١٩٧٨ - مسألة : ﴿ وَإِذَا بَاعَ السَّيْدُ عَبْدُهُ الْمَأْذُونَ لَهُ شَيَّنًا ،
                     لم يصح في أحد الوجهين )
278 , 278
             فائدة : لو ثبت على عبد دين ، ... ، أو
       272
                          أرش جناية ، ...
```

الصفحة ١٩٧٩ - مسألة : ﴿ ويصح إقرار المأذون له في قدر ما أُذِن له 240 • ١٩٨ – مسألة : ﴿ وَإِنْ حَجْرَ عَلَيْهُ وَفَى يَدُهُ مَالَ ، ثُمُّ أَذِنِ لَهُ فيه ، فأقر به ، صح) 277 . 270 فائدة : لو اشترى من يعتق على سيده بلا إذنه ، صح ... 277 ١٩٨١ - مسألة : ﴿ وَلَا يَبْطُلُ الْإِذَٰنَ بِالْإِبَاقِ ﴾ £YY فائدة : لو دبُّره ، أو استولدها ، لم يبطل 277 ١٩٨٢ – مسألة : ﴿ وَلَا يُصِحْ تَبْرَعُ الْمَأْذُونَ لَهُ بَهِبَةُ الدَّرَاهُمُ وكسوة الثياب) £YA ١٩٨٣ – مسألة : ﴿ وَتَجُوزُ هَدَيْتُهُ لَلْمَأْكُولُ ، وإعارة دَابِتُهُ ﴾ ٤٢٩ ، ٤٢٨ ١٩٨٤ – مسألة : ﴿ وَهُلُ لَغَيْرُ الْمَأْذُونَ لَهُ الصَّدَّقَةُ مِنْ قُوتُهُ بالرغيف ونحوه ، إذا لم يضربه ؟ على روايتين) 249 فائدة : لا تصح هبة العبد إلا بإذن ٤٣. ١٩٨٥ - مسألة : (وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك ؟ ...) 2 mm - 2 m. باب الوكالة

فائدة: الوكالة عبارة عن إذن فى تصرف علكه الآذن فيما تدخله النيابة ... ٤٣٥ علكه الآذن فيما تدخله النيابة ... ٤٣٥ و على الإذن ، وعلى الوائد ، وكل قول أو فعل يدل على القبول) ٤٣٦ - ٤٣٨

```
تنبه: ظاهر كلام المصنف وغيره ، عدم
             صحة الوكالة بالفعل الدال عليها
                   من الموكل ...
            ١٩٨٧ – مسألة: (ويجوز القبول على الفور أو
 £ 44 6 5 47 4
                              التواخي ، . . . )
 فو الله تتعلق بقبول الوكالة ، وشرط صحتها. ٤٤٠ – ٤٣٨
       فصل: ويجوز تعليقها على شرط، ... ٤٣٩
            ١٩٨٨ - مسألة : ( ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء ، إلا
 £ £ Y - £ £ .
                          المن يصح تصرفه فيه )
            تنبيه: يستثنى من هذه القاعدة صحة توكيل
            الحر الواجد الطول في قبول نكاح
                الأمة لمن تباح له ، و ...
       221
            فائدة: صحة وكالة الميز في الطلاق
       وغيره ، مبنى على صحته منه ... ٤٤٢
            ١٩٨٩ – مسألة : ( ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من
            العقود، والفسوخ، والعتــق،
                  والطلاق ، والرجعة ، و ... )
220-227
       تنبيه: قوله: والعتق، والطلاق ... قوله
            فائدتان ؛ إحداهما ، لو أَذِن له أن يتصدق
      عال ، . . . . الع
      الثانية، يجوز التوكيل في الإقرار ... ٤٤٤
      فصل : ولا تصح في الأيمان والنذور ؟... ٤٤٥
            • ١٩٩٠ – مسألة : ( ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ،
           ومن يزوج وليته إذا كان الوكيل ممن
يصح منه ذلك لنفسه وموليته ) ٤٤٦ - ٤٤٩
```

الصفحة فصل: ولا يصح التوكيل في الشهادة ؟ لأنها تتعلق بعين الشاهد ؛ ... ٤٤٧ فصل: ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق ، وإثباتها ، والمحاكمة فيها ، ... £ £ Y ١٩٩١ – مسألة : ﴿ وَيَجُوزُ فِي كُلُّ حَقَّ للهُ تَعَالَىٰ تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، من العبادات والحدود ، في إثباتها و استيفائها) 204-20. فصل: فأما العبادات، فما تعلق منها ىالمال ؛ ... 204 ١٩٩٢ – مسألة : ﴿ وَيَجُوزُ الاستيفاءُ في حضرة الموكل و غيبته) 202 6 204 ١٩٩٣ – مسألة : ﴿ وَلا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوكُلِ فَيِمَا يَتُولَى مِثْلُهُ بنفسه ، إلا بإذن الموكل . وعنه ، ...) ٥٥٥ - ٤٦١ فوائد تتعلق بالشريك والمضارب ، والولي في النكاح ، والعبد والصبي المؤذن لهما ، هل لهم أن يوكلوا ، أم لا ؟ ٧٥١ - ٥٥٤ فصل: وكل وكيل جاز له التوكيل، فليس له أن يوكل إلا أمينًا ؟... ٤٥٩ فوائد ؟ الأولى ، حيث جوزنا له التوكيل ،

> الثانية ، لو قال المَوكِّلُ للوكيل : وَكُلْ عنك . صح ، . . . ٤٥٩ الثالثة ، حيث حكمنا بأن الوكيل

१०१

فمِن شرط الوكيل الثانى ، أن يكون أمينا ، ...

الص	
	الثاني وكيل للموكِّل ،
	فإنه ينعزل بعزله ، وبموته
173	,
	فصل: والحكم في الوصى يوكُل فيما
	أوصى به إليه ، وفي الحاكم يولَّى
	القضاء في ناحية يستنيب غيره ،
27.	معاصم الوطيل
۷ ۳	فصل : فأما الولى في النكاح ، فله التوكيل
21.	في تزويج مولِّيته بغير إذنها ،
۷ ٦ ١	فصل : إذا أُذِنَ الموكِّل في التوكيل ، . سُّ
	فوڭل ،
277	١٩٩٤ – مسألة : (ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيده)
	فائدة : لا يُشترط إذن سيده فيما عِلْكُه
٤٦٣	وحده ؛
	 ١٩٩٥ - مسألة : (فإن وكَّله بإذنه في شراء نفسه من سيده،
٤٦٣	فعلی روایتین)
	فصل : وإذا وكل عبده فى إعتاق نفسه ، أو
٤٦٥	امرأته في طلاق نفسها ، صح
	تنبيه : مفهوم قوله : وإن وكله بإذنه في
१२०	شراء نفسه
	فائدة : لو وكل عبد غيره بإذن سيده في
	شراء عبد غیره من سیده ، فهل
٤٦٦	يصح ؟
	١٩٩٦ – مسألة : ﴿ وَالْوَكَالَةُ عَقْدَ جَائِزُ مِنَ الْطُرِفِينَ ، لَكُلُّ
77	واحد منهما فسخها)
	27. 27. 27. 27. 27. 27. 27.

الصفحة

١٩٩٧ – مسألة : ﴿ وَتَبَطِّلُ بَالْمُوتُ ، وَالْجَنُونُ ، وَالْحَجْرُ للسفه . وكذلك كل عقد جائز ، كالشركة والمضاربة. ولا تبطل بالسكر ، والإغماء والتعدى) ٤٧٧ – ٤٧٧ فصل: فإن حُجر على الوكيل لفلس، فالوكالة بحالها ؛ ... £7A فصل: ولا تبطل الوكالة بالنوم، والسكر والإغماء ؛ ... ٤٧. ١٩٩٨ – مسألة : ﴿ وَهُلُ تُبْطُلُ بِالرَّدَّةُ ، وَحَرِيةَ العَبِدُ ؟ عَلَى وجهين) 173- VV3 فصل : وإن وكُّل عبدَه ، ثم أعتقه أو باعه ، لم ينعزل ؛ ... 274 فصل: وإن تلفت العين التي وكُل في التصرف فيها ، ... 272 فائدة : وكذا الحكم لو باع عبده ... ٤٧٤ فوائد تتعلق بصحة الوكالة إذا طلق امرأته بعد أن وكُّلها ، وبما إذا جحد أحدهما الوكالة ، أو أبق العبد ، وبما إذا وكله في طلاق زوجته فوطئها ، أو لو وكله فى عتق عبد فكاتبه أو دبَّره . 277 -275 فصل: نقل الأثرم عن أحمد، في رجل كان له على آخر دراهم ، فقال له : إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى 240

١٩٩٩ – مسألة : (وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل

```
الصفحة
```

 $\xi \lambda 1 - \xi V V$ علمه ؟ على روايتين) فوائد ؛ منها ، ينبني على الخلاف ، تضمينه وعدمه ؛ ... 249 ومنها ، جعل القاضي ، و ... ، فحل الخلاف في نفس انفساخ عقد الوكالة قبل العلم ... ٤٨. ومنها ، لا ينعزل مودع قبل علمه ... ٤٨. ومنها ، عقود المساركات ؛ كالشركة والمضاربة ... ٤٨٠ فصل: وإذا وقعت الوكالة مطلقة ، ... ٤٨٠ فائدة : لو عُزل الوكيل ، كان ما في يده ٤٨١ ٠٠٠٠ – مسألة : (وإذا وكل اثنين ، لم يكن لأحدهما الانفراد بالتصرف ، إلا أن يجعل ذلك 113- 713 إليه) فائدة : حقوق العقد متعلقة بالموكّل ... ٤٨٣ ٧٠٠١ – مسألة : (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه) ٤٨٤ – ٤٨٨ تنبيه : محل الخلاف ، إذا لم يأذن له ، فإن と人ろ فصل: وحكم الحاكم وأمينه، كحكم الوكيل ، ... فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم في شراء ٤Ä٧ الوكيل من نفسه

•		الم
4 -	•	- 11
4-	. a.	a)I

٤٨٧	للموكل
	الثانية ، حيث صححنا ذلك ،
	صح أن يتولى طرفَى
٤٨٨	العقد
	فصل : وإن وكُّل رجلًا يتزوج له امرأة ،
٤٨٨	فهل له أن يزوجه ابنته ؟
	فائدة : وكذا الحكم لو وكل في بيع عبد أو
	غیرہ ، ووکلہ آخر فی شرائہ من
٤٨٨	نفسه ،
	٢٠٠٢ – مسألة : ﴿ وَهُلَ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُهُ لُولُدُهُ ، أَوْ وَالَّذُهُ ،
٤٩٠، ٤٨٩	أو مكاتبه ؟)
	فصل : فإن وكله في بيع عبده ، ووكله آخر
٤٨٩	في شراء عبدي ،
	فصل: فإن أذن للوكيل أن يشتري من
. ٤٨٩	نفسه ، جاز ذلك
	تنبيه : محل الخلاف في هذه المسألة ، و في
	التي قبلها ، إذا لم يأذن له الموكل
٤٩١	ف ذلك ،
	تنبيه: مفهوم كلامه جواز بيعه لإخوته
٤٩١	وسائر أقاربه
	٢٠٠٣ – مسألة : (ولا يجوز أن يبيع نَساءً ، ولا بغير نقد
£9 7 - £91	البلد)
	تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله ، جواز
£97	بيع المضارب نَساءً ؟
	فائدة : إذا أطلق الوكالة ، لم يصح أن يبيع

الصفحة

عنفعة ، ولا بعُ ض أيضا ... ٤٩٣ ٤٠٠٤ - مسألة : (وإن باع بدون ثمن المثل ، أو بأنقص مما قدره له ، صح ، وضمن النقص ...) ٤٩٧ - ٤٩٧ تنبيه : جمع المصنف بين ما إذا وكله في البيع وأطلق ، . . . تنبيه : مراده بقوله : وإن باع بدون ثمن 290 المثل ... فصل: ولو حضر مَن يزيد على ثمن المثل،... ٤٩٦ فائدتان ؛ إحداهما ، قال في ... : لو وكُّله في بيع شيء إلى أجل ، فزاده أو نقصه، ولا حظّ فيه، لم 197 الثانية ، لو حضر مَن يزيد على ثمن £97 المثار، ... ٢٠٠٥ – مسألة : (وإن باع بأكثر) من ثمن المثل (صح ، سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن) ٢٠٠٦ – مسألة : (وإن قال : بعه بدرهم . فباعه بدينار ، 0 . . - 291 صح ، في أحد الوجهين) فصل: فإن وكله في بيع عبد بمائة فباع 299 ىعضه بها ، ... فائدة : لو قال : اشتره بمائة ، ولا تشتره ٥., بخمسين ... ٢٠٠٧ - مسألة : (وإن قال : بعه بألف نَساءً . فباعه

بألف حالَّةٍ ، ...) 0.160.. ۲۰۰۸ – مسألة : ﴿ وَإِنْ وَكُلُّهُ فِي الشَّرَاءُ ، فَاشْتَرَى بِأَكْثُرُ مِنْ ثمن المثل ، أو ... لم يصح) 0.0-0.4 فصل : وإن وكُّله في بيع عبيد أو شرائهم ، ملك العقد عليهم جملة واحدة ، وواحدًا واحدًا ؛ ... 0.5 تنبيه : يستثنى من محل الخلاف فيما تقدم ، ومن ... ، لو وكله في بيع عبيد ، أو صبرة ، ... 0.7 تنبيه : قولي عن كلام المصنف : بدون ثمن الكل ... ٥,٦ ٢٠٠٩ - مسألة : (وإن وكله في شراء شيء نقدًا بثمن معين ، فاشتراه به مؤجلًا ، صح ...) ۲۰۱۰ – مسألة : وإن (قال : اشتر لى شاة بدينار . فاشترى) له (شاتین تساوی إحداهما دینارًا ، أو اشترى) له (... ، صح وإلا لم يصح) ٥٠٦ - ١١٥ فصل : وإذا وكله في شراء عبد معين بمائة ، فاشتراه بما دونها ، صح ، ولزم الموكل ؟ ... 0.9 فصل : وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة ، فإشتراه على الصفة بدونها ، ... 01.

٢٠١١ – مسألة : (وليس له شراء معيب ، فإن وجد بما اشتراه عيبًا ، فله ردُّه) 110,710 فائدتان ؛ إحداهما ، لو أسقط الوكيل

```
الصفحة
```

خیاره، فحضر مو کله ، فرضی به ، لزمه ، ... الثانية ، لو ظهر به عيب ، وأنكر 017 البائع أن الشراء وقع للموكل ، ... ١٢٥ ٧٠١٧ - مسألة : (فإن قال البائع : موكَّلك قد رضى بالعيب . فالقول قول الوكيل مع يمينه 017,017 أنه لا يعلم ذلك) فائدتان ؛ إحداهما ، مثل ذلك خلافًا ومذهبًا ، قول غريم لوكيل غائب، في قبض حقه : أبرأنى موكلًك ... موكلًك الثانية ، لو ادعى الغريم أن الموكِّل عزل الوكيل في قضاء الدين ، ... ٢٠١٣ - مسألة : (فإن ردَّه ، فصدّق الموكلُ البائع في 017 الرضا بالعيب ، فهل يصح الرد ؟ ...) ٥١٥ - ٥١٥ فائدة : رضى الموكل الغائب بالمعيب عزل لوكيله عن رده . 010 ٢٠١٤ - مسألة : (وإن وكله في شراء معين ، فاشتراه فوجده معيبا ، فهل له رده قبل إعلام 010,710 الموكل ؟ على وجهين) ٥ ٢ . ١ - مسألة : (فإن قال : اشتر لي بعين هذا الثمن .

```
الصفحة
```

فاشتری له فی ذمته ، لم یلزم الموکل) ۱۷ ه فائدة : لو قال : اشتر لي بهذه الدراهم كذا . و لم يقل : بعينها ... ٥١٧ ٢٠١٦ – مسألة : ﴿ فَإِنْ قَالَ : اشْتَرَ لَى فَي ذَمَتُكُ ، وَانْقَدُ الثمن . فاشترى بعينه ، صح) ١٨٥ فائدة : يقبل إقرار الوكيل بعيب فيما 019 ٢٠١٧ - مسألة : ﴿ وَإِنْ أَمْرُهُ بِبِيعِهُ فِي سُوقَ بِثَمْنُ ، فَبَاعِهُ بِهُ في آخر ، صح . وإن قال : بعه من زيد . فباعه من غيره ، لم يصح) ٩١٥ – ٢٢٥ فصل: إذا اشترى الوكيل لموكله شيئًا ،... ٢١٥ ٢٠١٨ – مسألة : ﴿ وَإِنْ وَكُّلُهُ فِي بِيعِ شِيءٍ ، ملك تسليمه ، ولم يملك قبض ثمنه إلا بقرينة . فإن تعذر قبضه ، لم يلزم الوكيل شيء) 070-077 فائدتان ؟ إحداهما ، وكذا الحكم لو وكله في شراء سلعة ، ها يقبضها أم لا ؟ ... ٢٤٥ الثانية ، هل للوكيل في البيع أو الشراء فعل ذلك بشرط الخيار له ، وقيل : مطلقا. أم لا ؟ ... OYE فصل: فإن وكله في شراء شيء ، ملك تسلم ثمنه ؛ ... 040 ٢٠١٩ – مسألة : (وإن وكله في بيع فاسد ، لم يصح) ٢٥ ، ٢٥ ، ٢٥ الصفحة

 ٢٠٢ – مسألة : (و) إن وكله في (كل قليل وكثير ، لم 0 7 7 يصح) مسألة : (وإن وكله في بيع ماله كله ، ضح) ٢٠٧٠ – مسألة : (٢٠٢٧ - مسألة : ﴿ وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ لَيْ مَا شُئْتَ . أُو عَبِدًا 079 -07V بما شئت . لم يصح) فصل: قد ذكرنا أنه إذا قال: بع ما شئت OYA من مالي … ٢٠٢٣ – مسألة : ﴿ وَإِنْ وَكُلُّهُ فِي الْحُصُومَةُ ، لَمْ يَكُنُّ وَكَيْلًا فَيَ 04. (019 القيض فصل: وإذا وكله في الخصومة ، لم يقبل إقراره على الموكِّل بقبض الحق ولا ٥٣. غبره ... ٢٠٧٤ – مسألة : ﴿ وَإِنْ وَكُلُّهُ فِي الْقَبْضُ ، كَانَ وَكَيْلًا فِي 047 -04. الخصومة ، ...) فائدتان ؛ إحداهما ، أفادنا المصنف ، رحمه الله ، صحة الوكالة في الخصومة ... 071 الثانية ، له إثبات وكالته مع غيبة موكله ... 044 ٠ ٢ ٠ ٢ - مسألة : (وإن وكله في قبض الحق من إنسان ، لم يكن له قبضه من وارثه . وإن قال : اقبض حقى الذي قِبَلُه ...) 044 ٢٠ ٢٦ - مسألة : (وإن وكله في قبضه اليوم ، لم يكن له قبضه ٥٣٣ غدًا)

الصفحة ٢٠٢٧ – مسألة : ﴿ وَإِنْ وَكُلُّهُ فِي الْإِيدَاعُ ، فَأُودَعُ وَلَمْ يُشْهِد ، لم يضمن) ٢٠٢٨ - مسألة : (وإنّ وكله في قضاء دين ، فقضاه ولم يُشْهَد ، وأنكر الغريم ، ضمن ، إلا أن يقضيه بحضرة الموكل) 370-770 فصل: قال المصنف، رحمه الله: (والوكيل أمين ، لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط) ٣٧٥ ٢٠٢٩ - مسألة : (ولو قال : بعتُ الثوب ، وقبضت الثمن فتلف . فالقول قوله) 021-049 فائدة : لو وكُّله في شم اء عبد ، فاشتر اه ، واختلفا في قدر الثمن ؛ ... • ٢٠٣٠ – مسألة : ﴿ وَإِنْ اخْتَلْفًا فَى رَدُّهُ إِلَى الْمُوكُلُّ ، فَالْقُولُ قوله إن كان متطوعًا . وإن كان بجعل ، فعل وجهین) 130 , 730 ٢٠٣١ – مسألة : (وكذلك يخرج في الأجير والمرتهن) ٢٥٥ – ٤٥ ه فائدة : لو ادعى الرد إلى غير من ائتمنه بإذن الموكل ، قبل قول الوكيل ... عده ٢٠٣٢ - مسألة : (فإن قال : أذنت لي في البيع نساءً ، وفي الشراء بخمسة . فأنكره ، فعلى وجهين) 001-022 فائدة : وكذا الحكم لو قال : أذنت لي في البيع بغير نقد البلد ... 027 تنبيه : لو امتنع من بيعها مَن هي له في

الباطن ، رفَع الأمر إلى الحاكم ؟ ... ٧٤٥

فصل: ولو وكُّله في بيع عبد، فباعه نسيئة ، فقال الموكل : ما أذنتُ في بيعه إلا نقدًا ... 0 2 9 فصل: إذا قبض الوكيل ثمن المبيع، فهو أمانة في يده ، ... - مسألة : (وإن قال : أذنت لى أن أتزوج لك فلانة، ففعلتُ . وصدَّقته المرأة ، فأنكر ، ...) ٥٥٧ - ٥٥٧ فوائد تتعلق بالوكيل إذا تزوج لموكله وأنكر الموكل فهل يلزم الوكيل تطليقها ؟ وحكم إنكار الموكِّل الوكالة في البيع ، وإذا قال له موكله: بع ثوبي بعشرة ، فمازاد فلك ، وهل يستحق الجُعْل قبل قبض الثمن ؟ وهل يُشترط أن يكون الجُعل معلومًا ؟ فصل: ولو غاب رجل، فجاء رجل إلى ام أته فذكر أن زوجها طلقها وأبانها ووكله في تجديد نكاحها بألف،... ٥٥٦ مسألة : (ويجوز التوكيل بجُعْل وبغيره ، ...) ٥٥٧–٥٦٣ فصل: إذا وكله في شراء شيء فاشترى 001 فصل : فإن وكله في أن يتزوج له امرأة ، فتزوج له غيرها ، ... فصل: قال القاضي: إذا قال لرجل: اشتر لى بديني عليك طعاما ... فصل: قال أحمد ، ... ، في رجل له على

```
الصفحة
            أخر دراهم ، فبعث إليه رسولًا يقبضها ،
            فبعث إليه مع الرسول دينارًا ،
                   فضاع مع الرسول: ...
            فصل : قال أحمد ، في رواية مهنا : إذا دفع
            إلى رجل ثوبا ليبيعه ، ففعل ،
      فوهب له المشترى منديلًا ، ... ٥٦٣
            فصل: قال الشيخ ، رحمه الله : ( فإن كان
            عليه حق لإنسان ، فادعى آخر أنه
            وكيل صاحبه في قبضه،
                          فصدَّقه ، ... )
       078
                       ٧٠٣٥ - مسألة : ( وإن كذَّبه ، لم يُسْتَحْلَف )
       075
            ٢٠٣٦ - مسألة : ( فإن دفعه إليه ، فأنكر صاحبُ الحق
            الوكالة ، وحلف ، رجع على الدافع
                                      وحده )
350,025
            فائدة : متى لم يُصدِّق الدافعُ الوكيل،
                             رجع عليه ...
       075
            مسألة : ﴿ وَإِنْ كَانَ المَدْفُوعَ وَدَيْعَةً ، فُوجَدُهَا ،
            أخذها ، وإن تلفت ، فله تضمين من
                              شاء منهما ، ... )
077 , 077
            ٢٠٣٨ - مسألة: (فإن كان ادَّعي أن صاحب الحق
                                 أحاله ، ... )
       077
            فائدة : تقبل بينة المحال عليه ، على المحيل ،
```

فصل : ومن طُلِب منه حق فامتنع من دفعه

فلا يطالبه ، ...

مسألة : ﴿ وَإِنْ ادِّعِي أَنَّهُ مَاتَ ، وأَنَا وَارْتُهُ ﴾

110

170- AVO

حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض، وكان الحق عليه بغير فصل في الشهادة على الوكالة: إذا شهد بالوكالة شاهد وامرأتان ، أو شاهد وحلف معه ، ... فصل: فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة ، وشهد آخر أنه وكله يوم 011 السبت ، ... فصل: ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد ... 044 فصل: ويصح سماع البينة بالوكالة على ٥٧٣ الغائب ، ... فصل: وتُقبل شهادة الوكيل على موكله ؟ لعلم التهمة ؟ ... 075 فصل : إذا كانت الأمة بين نَفْسَيْن ، فشهدًا أن زوجها وكُّل في طلاقها ، لم تقبل شهادتهما ؟ ... 075 فصل : إذا حضر رجلان عند الحاكم ، فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ، ثم غاب الموكل، وحضر الوكيل، ... فصل : ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب ، في شيء عيَّنه ، وأحضر بينة تشهد له بالوكالة ، ... 077

فصل: ولو حضر رجل، وادّعی علی غلی غائب مالًا فی وجه و کیله، فأنکر، فأقام بینة بما ادّعاه، ...

آخر الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر وأوله : كتاب الشَّرِكَة والْحَمْدُ لِلْهِ ِحَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٩٩٥/٥٤٨٦ م 1.S.B.N: 977 - 256 - 118 - 2

هجر

للطباعة والنشر والتوزيم والإعلان